

Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”
Curso académico 2016-2017

Trabajo Fin de Máster

El derecho al olvido online a la luz de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red

Alejandro Espinosa Anaya

Tutor

Prof. Dr. Alberto Iglesias Garzón

Getafe, Junio de 2017

Palabras clave: Intimidad, honor, protección de datos, Internet, intermediarios, buscadores, derecho al olvido, libertad de expresión y pensamiento, mera transmisión y neutralidad en la red.

Resumen: Aunque en principio pudiese pensarse que la noción de derecho al olvido es novedosa, lo cierto es que ésta existe desde otrora. La novedad está más bien en la aplicación de esa noción en el contexto de Internet. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una decisión bastante mediática, estableció una forma de aplicar el derecho al olvido en el entorno de Internet a partir de una interpretación de la Directiva 95/45/CE. Sin embargo, existen posturas que abogan por una solución diferente, como la que propuso Niilo Jääskinen en su rol de abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las que han adoptado algunos tribunales en Latinoamérica atendiendo a los principios de mera transmisión y neutralidad en la red a partir de los cuales no se debe responsabilizar a los intermediarios.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
 CAPÍTULO I – EL DERECHO AL OLVIDO <i>OFFLINE</i>.....	11
1.1. El concepto de derecho al olvido.....	12
1.2. Antecedentes del derecho al olvido.....	15
1.3. Fundamentos del derecho al olvido.....	23
1.3.1. El derecho al olvido y los derechos a la intimidad, el honor y la protección de datos.....	26
1.3.2. El derecho al olvido y el objetivo resocializador de las penas.....	29
1.3.3. El derecho al olvido, la imparcialidad de los jueces y la protección de las víctimas.....	30
 CAPÍTULO II – EL DERECHO AL OLVIDO <i>ONLINE</i>.....	32
2.1. La Internet y el derecho al olvido.....	33
2.2. El aporte de la Agencia Española de Protección de Datos.....	35
2.3. El derecho al olvido <i>online</i> según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea....	40
2.3.1. Antecedentes del asunto Google Inc. y Google Spain contra Mario Costeja y la Agencia Española de Protección de Datos.....	41
2.3.2. Asunto Google Inc. y Google Spain contra Mario Costeja y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). Conclusiones del abogado general y argumentos del TJUE.....	44
2.3.2.1. Los buscadores en Internet.....	45
2.3.2.2. Conclusiones del abogado general y argumentos del TJUE.....	47
2.3.3. La decisión del TJUE y de la Audiencia Nacional: El reconocimiento al derecho al olvido.....	64
2.4. El derecho al olvido <i>online</i> o una invisibilización de la información.....	65
2.5. El Reglamento No. 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo.....	66

CAPÍTULO III – LOS PRINCIPIOS DE MERA TRANSMISIÓN Y NEUTRALIDAD DE LA RED DE LA DECLARACIÓN CONJUNTA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERNET DE 2011.....	70
3.1. La libertad de expresión e información en Internet.....	71
3.2. El principio de mera transmisión.....	73
3.3. El principio de neutralidad de la red.....	76
3.4. El carácter de los principios contenidos en la Declaración Conjunta para la Libertad de Expresión e Internet.....	80
 CAPÍTULO IV - EL DERECHO AL OLVIDO ONLINE Y LOS PRINCIPIOS DE MERA TRANSMISIÓN Y NEUTRALIDAD DE LA RED DE LA DECLARACIÓN CONJUNTA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERNET DE 2011.....	 83
4.1. El derecho al olvido <i>online</i> en Argentina: El caso María Belén Rodríguez contra Google Inc. y Yahoo de Argentina SRL.....	83
4.1.1. Antecedentes.....	84
4.1.2. Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	84
4.2. El derecho al olvido <i>online</i> en Colombia: El caso ‘Gloria’ contra la Casa Editorial El Tiempo.....	87
4.2.1. El caso ‘Gloria’ contra la Casa Editorial El Tiempo: Antecedentes.....	87
4.2.2. Pronunciamiento de la Corte Constitucional en el caso ‘Gloria’ contra la Casa Editorial El Tiempo.....	89
4.3. El derecho al olvido <i>online</i> en Brasil: El caso Xuxa contra Google Brasil Internet Ltda.....	95
4.4. El otro derecho al olvido <i>online</i>	97
 CONCLUSIONES.....	 101
 FUENTES DE REFERENCIA.....	 105

“(…) No, no se controla el olvido, no hemos aprendido a hacerlo nunca a pesar de que nuestra mente funcionaría mejor si pudiéramos: si lográramos algún dominio sobre la manera en que el pasado se inmiscuye en el presente.”

Juan Gabriel Vásquez, *La Forma de las Ruinas*.

ABREVIATURAS

AEPD – Agencia Española de Protección de Datos
CADH – Convención Americana sobre Derechos Humanos
CADHP – Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CEDH – Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos
DCLEI – Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet
IP – Internet Protocol (Protocolo de Internet)
LOPD – Ley Orgánica de Protección de Datos
OEA – Organización de los Estados Americanos
ONU – Organización de las Naciones Unidas
OSCE – Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea
URL – Uniform Resource Locator (Localizador Uniforme de Recursos)

INTRODUCCIÓN

Olvidar, según indica el diccionario de la Real Academia Española, es “dejar de tener en la memoria lo que se tenía o debía tener” o “dejar de tener en el afecto o afición a alguien o algo”; también se entiende por olvidar “no tener en cuenta algo”¹. El acto de olvidar implica la imposibilidad de recordar. Que exista la imposibilidad de recordar quiere decir que la memoria sobre alguien o sobre algo se ha extinguido o que, no habiéndose extinguido, se encuentra tan oculta, distante y/o difusa que no es posible acceder a ella.

El olvido no se presenta únicamente en consecuencia de una condición amnésica o una patología, como ocurre por ejemplo en el curioso pasaje de la obra *Cien Años de Soledad*, en el que se relata la peste del insomnio cuya consecuencia más temible no era la imposibilidad de dormir en sí misma, sino la transición hacia el olvido una vez que el enfermo estaba acostumbrado al estado de vigilia. No. La mente humana está diseñada para olvidar y por ende resultarían excepcionales los casos de personas que tuvieran la capacidad de recordar todo de cuanto han sido conscientes, como lo hacía -acudiendo una vez más a un ejemplo literario- Ireneo Funes, aquel personaje ideado por Borges cuya principal característica era su incapacidad de olvidar. Así, el olvido es una característica propia de la naturaleza humana; mientras vivimos, olvidamos.

Ahora bien, a diferencia de la memoria humana que es limitada, la “memoria” en el entorno de la Internet no tiene límites. Si en ese espacio virtual se buscara cualquier tipo de información relativa a una persona, de hallarse, podría accederse a la misma en cualquier momento. Así, podría considerarse que en el entorno de la Internet el “olvido” es una excepción y la “memoria” opera con gran similitud a la del personaje del cuento de Borges.

El modo en el que el denominado derecho al olvido en el entorno de Internet fue concebido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia del 13 de mayo de 2014 y el diseño que posteriormente se hizo del mismo en el Consejo de Europa, pretende cambiar el escenario anteriormente descrito, es decir, el escenario de una

¹ Voz “olvidar”, Real Academia Española, en Diccionario de la Lengua Española, 23 ed., Espasa, Madrid, 2015. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=R28xgWg> (Consultado el 30 de enero de 2017).

Internet en la que no hay olvido. Sin embargo, cabe preguntarse cómo se producirá el olvido en Internet, en qué situaciones se concretará, quién decidirá si algo debe olvidarse o no en el contexto de la Internet. Responder a estos interrogantes, entre otros, será uno de los objetivos al desarrollar este trabajo. En todo caso, esta figura jurídica sólo será afortunada si en su aplicación existe un equilibrio, pues los extremos, bien sea el escenario de un olvido absoluto o el de una memoria inagotable, podrían dificultar y hasta impedir a una persona el desarrollo pacífico de sus planes de vida.

Este trabajo surge a partir del interés por conocer más sobre el universo que es Internet y especialmente, en el interés de saber cómo operan algunos de nuestros derechos en dicho contexto, cómo se ejercen, quién o quienes los garantizan y cómo lo hacen. A lo que se debe adicionar que el fallo proferido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido una suerte de exhorto a reflexionar en torno a la relación que tenemos con Internet, ya que en algunas circunstancias podría ser conflictiva, en la medida en que Internet puede considerarse un espacio memorioso en el que, entre otras cosas, las personas son perpetuamente lo que alguna vez fueron o lo que otros dijeron que eran.

A partir de los hallazgos bibliográficos y jurisprudenciales, y desarrollando una metodología primordialmente descriptiva, pero también analítica y crítica en cuanto a ciertos puntos, en el curso de los siguientes cuatro capítulos se examinará el arribo del derecho al olvido al entorno de la Internet.

En el primer capítulo se expondrán los principales antecedentes al derecho al olvido en el contexto de Internet, puntualmente, lo que podría llamarse un derecho al olvido *offline*. Se revisarán algunos casos y situaciones paradigmáticas previas al uso masivo de la Internet, y se identificará a partir de ellos los fundamentos de lo que se ha denominado derecho al olvido.

En el segundo capítulo se abordará el estudio del derecho al olvido *online*, tomando como punto de partida el aporte de la Agencia Española de Protección de Datos Personales y la descripción y análisis del fallo proferido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 13 de mayo de 2014, teniendo en cuenta también la postura del abogado general designado por el Tribunal para estudiar ese caso, los aportes del Grupo de Trabajo del Artículo 29 y un anticipo de lo que vendrá con el Reglamento No.2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo.

En el tercer capítulo se realizará un estudio descriptivo de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red contenidos en la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de 2011, que pese a ser anterior al fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al Reglamento No.2016/679, no habrían sido tenidos en cuenta en el sentido en el que fueron planteados en dicha Declaración.

Por último, en el cuarto capítulo, se describirán algunos casos presentados en el contexto latinoamericano, en los que los respectivos tribunales de conocimiento tomaron decisiones orientadas en un sentido diferente al del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se revisará si tales decisiones atienden a los principios estudiados en el capítulo tercero y con base en ello se buscará dejar claro que la postura europea con respecto al derecho al olvido *online* no es la única y que tal vez no sea la más idónea.

Conviene aclarar que por una cuestión metodológica en este trabajo se abordará la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de forma posterior al fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pese a que al hacerlo no se siga el orden cronológico de los sucesos. Esto obedece a que se ha optado por partir de la descripción y análisis de la decisión paradigmática en este tema, que es la del Tribunal Europeo, pues la noción de derecho al olvido que se cuestionará será precisamente esa. Una vez explicado el derecho al olvido del contexto europeo, se procederá a abordar unos aspectos que no se habrían tenido en cuenta al desarrollar éste y que sí recibieron atención en decisiones cronológicamente posteriores a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el contexto latinoamericano.

Corresponde dejar presente que el estudio sobre todo lo que implica el derecho al olvido *online* no se agota en los resultados de esta investigación y que el objetivo fundamental de ésta es aportar una descripción a partir de la cual sea posible analizar y criticar la posición, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Parlamento y el Consejo de Europa, que concibieron un derecho al olvido *online* en el que los principales responsables del tratamiento de datos personales son los intermediarios de la red, concretamente, los buscadores de Internet.

CAPÍTULO I

EL DERECHO AL OLVIDO *OFFLINE*

Por lo general las personas nos resistimos a que ciertos aspectos de nuestra vida sean conocidos por otros. Esta resistencia se explica en la medida en que el conocimiento de algunos aspectos de nuestra vida podría ocasionar que otras personas desarrollen una predisposición adversa hacia nosotros, especialmente cuando se tiene conocimiento de ciertos hechos de forma aislada. Dicha predisposición es definitivamente indeseada, pues podría tener efectos negativos en el ejercicio de nuestra profesión, en el entorno de nuestras relaciones sociales y, por supuesto, en nuestra vida privada. La lógica que en su momento motivó al señor Mario Costeja González a reclamar contra La Vanguardia Ediciones S.L., Google Spain y Google Inc. ante la Agencia Española de Protección de Datos, debió basarse en una reflexión similar.

El diario La Vanguardia, de gran recepción en la Comunidad Autónoma de Cataluña, realizó dos publicaciones hace más de diez años en las que informó que algunos bienes del señor Mario Costeja González, debido a las deudas que éste tenía con el sistema de seguridad social, habían sido embargados y serían subastados. Pese al tiempo transcurrido desde entonces, aún en el año 2010, al digitar el nombre completo del señor Costeja en el buscador de Google Inc., Google Search, éste arrojaba vínculos en los que podían apreciarse las publicaciones del diario La Vanguardia en formato digital. De modo que cualquier usuario del buscador de Google, con tan sólo digitar el nombre completo del señor Costeja, podía saber que éste en algún momento tuvo una deuda con el sistema de seguridad social que conllevó a que sus bienes fuesen objeto de embargo. Lo que no era de conocimiento del internauta, ya que ni en el diario ni en los resultados arrojados por el buscador se indicaba, es que dicha deuda fue definitivamente saldada y que el embargo terminó levantándose.

Por supuesto que para el señor Costeja esta era una situación negativa, pues en la actualidad no es extraño que al entablar una relación o aproximación laboral o profesional -o de cualquier otra índole- con alguien, se acuda a los buscadores disponibles en Internet para tener algún tipo de referencia de la persona. Así, era probable que de una u otra manera dicha publicación fuese una referencia que lo afectaría en el ámbito de sus relaciones y desempeño profesional, si es que no lo afectó; más aún cuando al conocerse

las circunstancias de manera aislada sólo se tenía acceso a una parte de la historia en la que se le reconoce como deudor moroso.

Circunstancias como estas nos permiten preguntarnos si teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que acaecieron los hechos, la noticia tenía algún tipo de relevancia como para que aún fuese accesible en el entorno de Internet. También hay lugar a preguntarse si en un mundo con las herramientas tecnológicas y comunicacionales que hay en actualmente, y a partir de las cuales se facilita el acceso masivo a la información, puede brindarse la posibilidad a cualquier persona de desarrollar su plan de vida sin que éste aparezca condicionado por eventos del pasado. ¿Podría existir un derecho al olvido? Si existe ¿Qué es? ¿Es un derecho novedoso? ¿Es un derecho autónomo? ¿Es un derecho fundamental? ¿Cómo se ejercería o se ha ejercido? ¿Sería posible el ejercicio de tal derecho en el contexto de Internet? ¿Cómo se podría aplicar? Estos y otros interrogantes son los que se intentarán resolver en el curso de este capítulo y los capítulos subsiguientes de este texto.

El capítulo inicial de este trabajo se orientará a poner de presente el concepto de derecho al olvido y a exponer sus principales antecedentes y fundamentos. Como éstos se dieron en un escenario ajeno al entorno de Internet, en este capítulo se hará referencia al derecho al olvido *offline*. Con mayor claridad en estos puntos, abordar la temática del derecho al olvido *online*, será menos complejo.

1.1. El concepto de derecho al olvido.

Para Costaz, el derecho al olvido se encamina a proteger el pasado de una persona impidiendo que se tenga conocimiento de hechos concretos correspondientes a un episodio de su vida que el paso del tiempo ha vuelto privado². En la misma línea, Letteron considera que se trata del dominio jurídico que una persona ejerce sobre su pasado³, y Rolla lo vincula con la pretensión de una persona de que no se traigan al presente hechos de su pasado que carecen de interés público actual⁴.

² Coztaz, Catherine. “Le droit à l’oubli”. *Gazette du Palais*, 27 juillet (1995): P.963.

³ Letteron, Roseline. “Le droit à l’oubli”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L’Étranger*, No.2 (1996): P.407.

⁴ Rolla, Giancarlo. “El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida Privada. Breves consideraciones a la luz de la experiencia italiana”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 7 (2002): P.165.

12 | El derecho al olvido online a la luz de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red.
Alejandro Espinosa Anaya

Según Palermo, el derecho al olvido es la manifestación del interés de una persona de no estar indefinidamente expuesta a la afectación que produce en su honor y reputación la reiterada publicación de una noticia que fue divulgada en el pasado de forma legítima. De modo que el ejercicio de este derecho implica que hechos que en su momento fueron públicos dejen de serlo dado el transcurso del tiempo⁵.

Según Leturia, el derecho al olvido es una prerrogativa en virtud de la cual se impide que cierta información del pasado sea difundida en la actualidad dado que tiene el potencial para generar más perjuicios que beneficios. Para este autor, la aplicación del derecho al olvido implica la realización de un juicio de valor a partir del cual, teniendo en cuenta circunstancias concretas, se encuentra que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión produce beneficios que resultan inferiores a los daños provocados en otros bienes jurídicos⁶.

En los últimos años ha adquirido especial importancia la temática concerniente a la protección de datos de carácter personal, y se suele relacionar el derecho al olvido exclusivamente con dicho tema y con el hecho de que pueda solicitarse la eliminación de información publicada en Internet⁷. Así, Weber distingue entre el derecho a olvidar y el derecho a ser olvidado; donde el primero implica que pasado un tiempo desde la ocurrencia de un hecho, éste no debe ser reinstalado en el presente, y el segundo, que una persona puede optar porque la información a ella relativa, sus datos, dejen de estar disponibles, de modo que otras personas no tengan acceso a ellos⁸. Para Orza Linares el derecho al olvido es la posibilidad con la que cuenta una persona para impedir que sus datos personales circulen por Internet sin que hubiese dado su consentimiento⁹. En el mismo sentido, Zárate encuentra en el derecho al olvido la potestad de impedir que se disemine información personal pasada que, al ser inexacta o al haber dejado de cumplir con su objetivo, podría producir un daño en la persona, lo cual motiva el ejercicio de los

⁵ Palermo, Patrizia. “Diffamazione e diritto all’oblio: equilibrio “elastico” tra tutela penale dell’onore e diritto di cronaca giudiziaria”. *Rivista Penale*, Vol. 136, Fascículo 3 (2010): P.279.

⁶ Leturia Infante, Francisco Javier. “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol.43, No.1 (2016): P.96.

⁷ *Ibidem*, P.97.

⁸ Weber, Rolf H. “The Right to Be Forgotten. More Than a Pandora’s Box?”. *JIPITEC*, Vol.2, No.2 (2011): P.120 y 121.

⁹ Orza Linares, Ramón María. “Derechos Fundamentales e Internet: Nuevos Problemas, Nuevos Retos”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 9, N° 18 (2012): P.318.

derechos de cancelación, rectificación y oposición¹⁰. Por su parte, Tamò y George distinguen entre el derecho al olvido que se aplica con relación a condenas penales ya cumplidas y el derecho a la supresión de información en virtud del cual una persona está facultada para exigir la eliminación de los datos personales que de ella dispone un tercero, y señalan que mientras en el primero se trata de información que el tiempo ya ha vuelto obsoleta, en el segundo es indiferente que la información haya sido afectada por el paso del tiempo¹¹.

Así, “el derecho al olvido” es un significante amplio dentro del cual caben diversas acepciones¹², aunque en principio no todas estuviesen relacionadas con el entorno de la Internet. De hecho, autores como Pazos Castro sostienen que se trata de una denominación errada, de un derecho imposible, pues las personas no pueden olvidar algo de forma automática y voluntaria; ni puede un órgano judicial o administrativo adoptar una medida en virtud de la cual se procure el cumplimiento de la obligación de olvidar¹³.

De cualquier manera, más allá de la forma en que decida abordarse el estudio del derecho al olvido, éste siempre deberá analizarse desde la perspectiva de los conflictos entre derechos fundamentales, a partir de cuya resolución se justificaría cierto reforzamiento de los derechos a la intimidad, al honor y/o a la protección de datos personales o, dicho de otra forma, la fijación de límites al derecho a la libertad de expresión¹⁴.

Ahora bien, como se indicó anteriormente, la configuración del derecho al olvido no es reciente, aunque sí puede considerarse reciente la discusión en torno al derecho al olvido *online*. De modo que a continuación se expondrán algunos antecedentes que pueden resultar relevantes en la construcción de una figura jurídica como la que se pretende analizar en el curso del presente trabajo.

¹⁰ Zárate, Sebastián. “La Problemática entre el Derecho al Olvido y la Libertad de Prensa”. *Revista Nueva Época*, N° 13 (2013): P.9.

¹¹ Tamò, Aurelia / George, Damian. “Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age”. *JIPITEC*, Vol. 5, No.2 (2014): P.72 y 73.

¹² Fleisher, Peter. “The right of the forgotten”. *Blogspot* (2012). Disponible en: <http://www.peterfleischer.blogspot.com/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html> (Fecha de consulta: 05 de febrero de 2017).

¹³ Pazos Castro, Ricardo. “El mal llamado ‘derecho al olvido’ en la era de Internet”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, N°2183 (2015): P.6.

¹⁴ Leturia. *Op.cit.*, P.97.

14 | El derecho al olvido online a la luz de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red.
Alejandro Espinosa Anaya

1.2. Antecedentes del derecho al olvido.

Si bien en la antigüedad el olvido se utilizó en algunas ocasiones como una suerte de condena¹⁵, desde el siglo pasado la posibilidad de que un suceso fuese olvidado fue objeto de requerimiento ante los jueces en aras de garantizar derechos fundamentales. De hecho, resulta llamativo que haya sido en un país como Estados Unidos de América, dada la comprensión que allí se tiene del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad¹⁶, donde se haya vislumbrado por primera vez una manifestación de lo que se ha denominado derecho al olvido¹⁷.

En 1931, el Tribunal de Apelación de California se pronunció de forma muy excepcional en el asunto *Melvin v. Reid*¹⁸. Dicho caso correspondió a la demanda interpuesta por Gabrielle Melvin contra los responsables de la película *The Red Kimono* de 1925. La demanda se debió a que los responsables del filme llevaron al cine la historia de Gabrielle Melvin antes de ser Gabrielle Melvin, pues al casarse con Bernard Melvin ésta adoptó su apellido. Antes de casarse, se llamaba Gabrielle Darley, había sido trabajadora sexual y fue juzgada por asesinato en 1918, siendo absuelta. Los responsables de *The Red Kimono* nombraron a la protagonista del filme con el nombre real de Gabrielle Melvin cuando era soltera, es decir, Gabrielle Darley, sin contar con su autorización para ello, y por dicha razón, al demandar, consideró vulnerado su derecho a la intimidad, ya que muchas personas de su entorno desconocían esa circunstancia de su vida y tuvieron conocimiento de la misma porque los responsables del filme no sólo utilizaron su nombre real de soltera, sino que adicionalmente, al publicitar el largometraje, manifestaron claramente que la historia estaba basada en hechos reales¹⁹.

¹⁵ En la antigua Roma, las autoridades políticas o religiosas de ese entonces condenaban a una persona al olvido oficial y prácticamente a su execración; por ende, su nombre debía ser borrado -y jamás vuelto a utilizar- al igual que sus efigies y cualquier otro objeto en el que se reprodujese su nombre o imagen. A esa determinación posteriormente se le denominó *damnatio memoriae*, que se puede traducir como ‘destrucción de la memoria’, y resalto que se le denominó así años después, pues fue en una tesis académica que se publicó en Alemania en 1689 donde se hizo referencia a esa modalidad de condena con dicha denominación, pues la expresión no es visible en ninguno de los documentos legislativos de la antigua Roma que se han hallado. Así, en ese contexto histórico, la destrucción de la memoria implicaba para quien la sufría, la pérdida de la posibilidad de ser recordado y reconocido en el futuro o que, si llegaba a haber algún recuerdo o reconocimiento, la memoria existente con relación a dicha persona sería la de alguien infame.

¹⁶ Bien sabido es que en Estados Unidos de América históricamente ha sido amplia la protección brindada a la libre difusión de información y que se tiene una la concepción restrictiva de la intimidad, a la que se relaciona con el derecho a la propiedad privada.

¹⁷ Pazos Castro. *Op.cit.*, P.10.

¹⁸ Posner, Richard. *Overcoming Law*. (Cambridge: Harvard University Press, 1995). P.542-546.

¹⁹ Cfr. *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 285 y 286 (1931).

La utilización del verdadero nombre la demandante y el hecho de que la película haya sido publicitada como una historia real, fueron consideradas por el Tribunal como algo innecesario, inmoral y cruel, y pese a encontrar que el filme giraba en torno a hechos públicos debido a la constancia de los mismos en los documentos del juicio y que en esa medida no se apreciaba una vulneración a la intimidad²⁰, consideró que el ordenamiento jurídico consagra el derecho a buscar y obtener la felicidad, que éste es un derecho fundamental y que implica, entre otras prerrogativas, el derecho a vivir libre de ataques de terceros contra la libertad, propiedad y reputación, que cualquier persona que viva una vida de rectitud tiene ese derecho, y que dado que la demandante tomó la decisión de cambiar su vida y lo hizo, tenía derecho a seguir con su nueva vida sin que su buen nombre se viese manchado por la publicación de conductas de su vida pasada que la avergonzaban²¹.

Pazos Castro considera que si bien en *Melvin v. Reid* el Tribunal no se refirió explícitamente al derecho al olvido, mediante la aplicación concreta de otro derecho -el derecho al honor- se llegó a una resolución propia de esa figura²².

De cualquier modo -como antes se expresó- la tendencia de la jurisprudencia norteamericana es la opuesta, es decir, al ponderar el derecho a la libre expresión y el derecho a la intimidad, se suele garantizar el primero. Decisiones que sigan la línea de *Melvin v. Reid* son escasas; en cambio, posturas como la del asunto *Sidis v. F-R Publishing Corp*²³ o *Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc.*²⁴ han sido mucho más

²⁰ Cfr. *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 290 y 292 (1931).

²¹ Cfr. *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 291 y 292 (1931).

²² Pazos Castro. *Op.cit.*, P.10.

²³ El Tribunal de Apelación de Estados Unidos de América conoció la demanda de William Sidis, quien en su infancia había sido considerado un prodigio y luego tuvo una vida más común y corriente de lo que se esperaba. La demanda se debió a que en 1937, *The New Yorker* publicó un artículo que versaba sobre la vida adulta de Sidis, para quien esta publicación era lesiva de su intimidad. El Tribunal abordó la noción de figura pública extendiéndola a aspectos que iban más allá de la vida política, pues manifestó que infortunadamente o no para las figuras públicas, sus venturas y desventuras son temas que generan interés y debate en el resto de la población, de modo que considerando que en su vida pasada, en su infancia, William Sidis había sido expuesto como un prodigio en la escena pública, era una figura pública, y por ello, pese a que su vida en ese momento se desarrollase al margen de la atención mediática, aún existían aspectos en ella que generaban interés para la sociedad, y por dicho motivo la publicación cuestionada era legítima en tanto no difundía información falsa y se limitaba a aspectos ordinarios de su personalidad.

²⁴ Marvin Briscoe demandó a la Reader's Digest Association, Inc. al considerar que ésta había vulnerado su derecho a la intimidad puesto que publicó un artículo en el que revelaba hechos verídicos pero vergonzosos de su vida pasada. Briscoe señaló que era cierto que había cometido un delito; sin embargo, consideraba que a partir de su rehabilitación había llevado una vida honorable y se encontraba en un entorno social en el que muchos de sus amigos no tenían conocimiento de esa circunstancia. Además, indicó que el artículo no era preciso en señalar la fecha en que ocurrieron los hechos relacionados con él y que, al enterarse de los mismos, su hija y sus amigos más cercanos lo rechazaron. No obstante, el Tribunal Supremo

acogidas. Cabe anotar que la concepción norteamericana de la intimidad *-privacy-* es muy cercana a la de propiedad, de modo que se percibe como un espacio privilegiado en el que no debe haber ningún tipo de interferencia, precisamente un espacio que no es público y en el cual puede ejercerse el derecho a ser dejado solo, como señalaron en 1890 Warren y Brandeis²⁵. En Europa en cambio la noción de intimidad ha tenido un desarrollo más amplio y es más cercano al concepto de dignidad humana que al de propiedad, pues se relaciona con la posibilidad de una persona de desarrollar libremente un proyecto de vida y de sacar del dominio público cualquier información que limite o impida el pleno ejercicio de esa prerrogativa²⁶.

En el contexto europeo, la posibilidad de que se produjese un derecho al olvido se abordó inicialmente como una forma de garantizar el derecho a la intimidad y el derecho al honor. Por ejemplo, en Francia tuvo lugar un caso paradigmático con puntos en común con el asunto *Melvin v. Reid* de la jurisprudencia norteamericana. El 04 de octubre de 1965 el Tribunal de Gran Instancia del Sena se pronunció con ocasión de una demanda que se interpuso contra los responsables de la película *Landru* de 1963, que se basó en la vida del famoso asesino serial Henri Désire Landru. La demandante había sido amante del asesino y era representada como uno de los personajes del filme, por lo que sostenía que la exhibición del largometraje la había afectado en la medida en que hizo público un aspecto de su vida que ella quería olvidar, por lo que solicitó que se le diera una indemnización²⁷.

El Tribunal halló que los hechos relatados en la película se basaron en los registros judiciales oficiales, los cuales eran de acceso público, razón por la cual la utilización del nombre de la demandante no había sido indebida; además, consideró que dada la complejidad de la vida del personaje cuya historia se relataba en la película, era

de California consideró que los informes de hechos de crímenes pasados eran de interés periodístico, y que al igual que ocurre con crímenes actuales, la publicación de las circunstancias en las que se cometieron crímenes en el pasado por parte de los medios de comunicación es constructiva, pues se asume que el público está interesado en que se cumpla la ley, y en este propósito coadyuva la acumulación y difusión de datos mediante los cuales se puede determinar las razones por las que una persona comete un delito, los métodos que utilizan y las formas en que son aprehendidos. Por lo tanto, para el Tribunal, Reader's Digest definitivamente tenía el derecho de informar los hechos del acto criminal del demandante y, por ende, consideró legítima la publicación, aunque también reconoció lo problemático que resultaba incluir en la misma el nombre del demandante.

²⁵ Warren, Samuel / Brandeis, Louis. "The Right to Privacy". *Harvard Law Review*, Vol.IV, No.5 (1890): P.193-220.

²⁶ Leturia. *Op.cit.*, P.96.

²⁷ Pazos Castro. *Op.cit.*, P.12.

imprescindible exponer la relación que éste tenía con sus amantes y víctimas, y que no podía haber silencio ni olvido respecto de un acontecimiento como lo fue la vida de Landru. En efecto, la misma demandante había hecho públicas sus memorias sobre su experiencia con el asesino serial. De modo que la demanda contra el director del filme no prosperó, lo cual no impidió que se le reconociera a la demandante el pago de una indemnización por parte de la productora, teniendo en cuenta que ésta no solicitó autorización para exhibir al personaje de la demandante en escenas con poca ropa junto al intérprete del personaje de Landru, y que esto sí vulneraba su vida privada. Posteriormente la decisión del Tribunal fue apelada y en esa instancia se confirmó que no se había presentado un uso indebido del nombre de la demandante y que, pese a que el episodio de la demandante con el asesino en serie se había presentado hace mucho tiempo y había sido traído a la escena pública nuevamente, no podía haber ni olvido ni silencio frente a los hechos de la vida de un personaje de esa connotación²⁸.

Esa pretensión de silencio u olvido frente a hechos del pasado, sí fue atendida en otro caso conocido por el Tribunal de Gran Instancia de Paris años después. La demanda obedeció a la publicación de un libro en el que se relataban detalles de la vida privada de una persona que cuarenta años antes ya habían sido lícitamente difundidos. En decisión de 20 de abril de 1983, el Tribunal señaló que una vez ha transcurrido un tiempo después de acaecido un hecho de conocimiento público y si no hubiese la necesidad histórica de recordarlo, una persona puede exigir ‘el olvido’ del mismo si dada la naturaleza del suceso éste pudiese afectar la sensibilidad de quien lo protagonizó. No obstante, en sede de casación, la posibilidad de aplicar un derecho al olvido fue denegada en la medida que cuando la información fue difundida inicialmente no se vulneró el derecho a la intimidad de la demandante, y por ello no se hallaba una razón para que se exigiese un olvido del acontecimiento al ser posteriormente recordado²⁹.

En otro caso, el Tribunal de Gran Instancia de Paris, en Sentencia de 25 de marzo de 1987, se pronunció frente a la demanda presentada por un médico que pretendía la aplicación de un ‘derecho al olvido’, pues había salido a la venta un juego de mesa en el que se debía responder a interrogantes, y uno de ellos era referente a un suceso de su pasado, un delito que había cometido. El Tribunal resolvió prohibir la venta del juego y

²⁸ *Ibidem*, P.12 y 13.

²⁹ *Ibidem*, P.14.

18 | *El derecho al olvido online a la luz de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red.*
Alejandro Espinosa Anaya

retirarlo del mercado, pues consideró que más allá de que un hecho o asunto judicial haya sido noticiable en algún momento, dicha circunstancia no debía ser noticiable de forma indefinida, pues el paso del tiempo disuelve el interés del público por tales hechos, de modo que no existía la necesidad de insistir en su recordación³⁰.

Ahora bien, pese a estas circunstancias en las que el olvido de sucesos fue una pretensión que dado el caso se acogió o se desestimó, autores como Pazos Castro advierten que el verdadero origen de lo que se ha denominado derecho al olvido se observa en las distintas legislaciones europeas relativas a la protección de datos³¹, partiendo en Suecia en 1973 y posteriormente Alemania en 1977, y Austria, Dinamarca, Francia y Noruega en 1978, y en las cuales se establecía la obligación de no conservar datos personales por más tiempo del que fuese necesario para cumplir con el propósito del tratamiento³².

A nivel latinoamericano, la Corte Constitucional de Colombia hizo referencia explícita al derecho al olvido al pronunciarse con respecto a una acción de tutela en la Sentencia T-414 de 16 de junio de 1992. En esa ocasión, la Corte conoció el caso de un ciudadano que en su momento tuvo una deuda con un banco, la deuda fue resuelta, sin embargo, el ciudadano seguía apareciendo en el listado de deudores morosos de la Central de Información de la Asociación Bancaria de Colombia, y aunque solicitó en varias ocasiones ser dado de baja en ese listado, ni el banco frente al cual fue deudor ni la Asociación Bancaria de Colombia atendieron a su requerimiento.

Al resolver el caso, el magistrado Ciro Angarita Barón, quien fue ponente de la sentencia, hizo una disertación sobre el derecho a la intimidad, los datos y el derecho al olvido en la que vale la pena detenerse teniendo en cuenta que, para ese entonces –cursaba el año 1992-, la utilización de Internet aún no era masiva.

La Corte parte de la idea de que la intimidad es un derecho general, extra patrimonial, inalienable e imprescriptible y que se puede hacer valer tanto frente al Estado como a los particulares; por ende, toda persona, solamente por el hecho de serlo, es titular de dicho derecho y será la única legitimada para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Ahora bien, este derecho se proyecta en dos dimensiones: como secreto

³⁰ Leturia. *Op.cit.*, P.93.

³¹ Pazos Castro. *Op.cit.*, P.15.

³² Schwartz, Paul M. “The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures”. *Harvard Law Review*, Vol.126, No.7 (2013): P.4.

de la vida privada y como libertad. En la primera, el derecho a la intimidad se vería afectado por cualquier divulgación ilegítima de los sucesos de la vida privada o familiar de una persona o las investigaciones también ilegítimas de hechos de la misma. En la segunda, la intimidad evoluciona en el derecho de toda persona a tomar por sí sola, y sin ningún tipo de intromisión, las decisiones que atañen a la esfera de su vida privada, es decir, la posibilidad de autodeterminarse; de modo que en esta dimensión se la eleva al rango de aquellos derechos que permiten el desarrollo y mantenimiento de la dignidad humana y la personalidad, lo que genera que este sólo pueda ser objeto de limitaciones cuando éstas procuren la guarda de un interés superior conforme a los principios constitucionales³³.

Seguidamente, la Corte se enfoca en determinar la incidencia de los datos en una eventual vulneración del derecho a la intimidad. Para ello, inicia señalando que los datos relativos a un individuo son en su conjunto una especie de huella digital, pues este individuo podrá ser identificado a través de ellos. El problema está en que una vez que un individuo, evento u objeto se codifica, bien sea por parte de una persona o una máquina, es decir, una vez se ha transformado en un dato, éste dato es susceptible de diseminarse con facilidad y podría ser usado junto a datos de otras procedencias, pero relativos al mismo sujeto para elaborar un perfil. Quienes están en capacidad de realizar esos perfiles, por ejemplo, los bancos de datos, cuentan entonces con un poder informático que, dado el caso, podría afectar la libertad de las personas³⁴. La Corte explica al respecto:

“El dato es un elemento material susceptible de ser convertido en información cuando se inserta en un modelo que lo relaciona con otros datos y hace posible que dicho dato adquiera sentido. En forma muy somera, se puede decir que el sentido en última instancia, lo producen una o varias mentes humanas y este sentido es un determinante de la acción social. (...) El dato que constituye un elemento de la identidad de la persona, que en conjunto con otros datos sirve para identificarla a ella y sólo a ella, y por lo tanto sería susceptible de usarse para coartarla, es de su propiedad, en el sentido de que tendría ciertos derechos sobre su uso. Datos de este tipo serían sus señales particulares, relaciones de propiedad y de familia, aspectos de su personalidad, y señales

³³ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-414 de 16 de junio de 1992. EXP: T-534. MP. Ciro Angarita Barón.

³⁴ *Idem*.

20 | *El derecho al olvido online a la luz de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red.*
Alejandro Espinosa Anaya

de identidad de diversa índole que van emergiendo en las actividades de la vida. Todos estos datos combinados en un modelo, son equivalentes a una "huella digital" porque el individuo es identificable a través de ellos.

Por las características propias de los datos, una vez producidos (codificado un evento u objeto por alguien o eventualmente una máquina) pueden diseminarse con relativa facilidad. Esto hace que puedan ser usados, en combinación con otros de procedencias distintas pero adscribibles a la misma persona. Así se va configurando lo que ha dado en llamar un perfil de datos de una persona. Estos perfiles pueden construirlos quienes tengan bancos de datos bien sea manuales o sistematizados, y el poder de información y control social que estos tengan depende del uso de la tecnología disponible.

El problema del 'poder informático' existe siempre que se poseen datos sobre las personas bien sea en forma manual o por medios electrónicos. Con el desarrollo de estos últimos, las posibilidades de acción de ese poder en contra de la libertad de las personas se magnifican y harían necesaria una legislación especial.

El 'perfil de datos' de la persona se constituye entonces en una especie de 'persona virtual' sobre la cual pueden ejercerse muchas acciones que tendrán repercusión sobre la persona real. Desde el envío de propaganda no solicitada, hasta coerción u ostracismo social como en el caso que se presenta. Un 'buen' manejo de Bancos de Datos permitiría identificar hasta perfiles poblacionales desde distintos puntos de vista, lo cual constituye un evidente peligro de control social de aquellos que ostentan 'poder informático', no solamente contra la libertad de las personas individuales sino contra la de sectores sociales más amplios.”³⁵

La Corte prosigue señalando que es posible identificar varios tipos de relación con respecto a los datos: Una es la de la persona sobre la cual se dice algo o a la que le concierne lo que el dato indica o la información que se ha construido a partir del dato; otra es la de la persona que codifica y decodifica la información para que ésta se vuelva un dato y para que a su vez el dato pueda ser informativo; y otra es la de las personas que

³⁵ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-414 de 16 de junio de 1992. EXP: T-534. MP. Ciro Angarita Barón.

se encargan de la circulación y difusión de la información, vinculada esta última al derecho a la libertad de expresión y a la información. En este contexto, los datos y la información se tornan en una especie de mercancía, pero el hecho de encontrar o disponer de un dato no implica que quien lo halló tenga su propiedad exclusiva y que no haya cabida a las pretensiones del individuo a quien el dato concierne; además precisa la Corte que, dada su naturaleza, la vigencia de los datos es temporal lo cual obliga a los responsables de su gestión a una permanente actualización con el propósito de evitar la circulación de datos que permitan la construcción de perfiles errados que afecten negativamente a su titular, y aunque los datos hayan sido ciertos, la información negativa sobre una persona no tiene vocación de perennidad y, en consecuencia, transcurrido algún tiempo esa persona es titular de un verdadero derecho al olvido³⁶.

Para la Corte Constitucional de Colombia la intimidad es una de las manifestaciones más concretas y directas de la dignidad humana que fue consagrada como principio rector del estado social de derecho colombiano. De modo que ante una eventual tensión entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad en la cual no sea posible alcanzar un equilibrio, a juicio de la Corte, al menos en ese entonces, el derecho a la intimidad debía prevalecer. Así, la Corte accedió a las pretensiones del accionante y ordenó que su nombre fuese retirado de listado de deudores morosos de la Central de Información de la Asociación Bancaria de Colombia y que se le indemnizara por el daño emergente que la conducta negligente de esta entidad pudo haberle ocasionado³⁷.

³⁶ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-414 de 16 de junio de 1992. EXP: T-534. MP. Ciro Angarita Barón. El máximo tribunal constitucional de Colombia, manifestó en dicho pronunciamiento: “Con el triunfo definitivo del Estado moderno en el siglo XVIII, depositario de las ideas de la Ilustración y del humanismo racionalista, se impuso una nueva manera de ver las relaciones entre los gobernantes y los gobernados y con ella una nueva manera de ver el castigo. El punto clave de esta última novedad puede ser explicado como un abandono de la preocupación medieval por punir el cuerpo de los delincuentes -a través de los suplicios- en beneficio de un interés permanente por castigar su alma. Este cambio de objeto, que Foucault ha descrito en detalle como un cambio estratégico en el ejercicio del poder, se ha ido imponiendo a través de los últimos siglos hasta adquirir hoy plena manifestación en disciplinas sociales basadas en la imposición de reglas comerciales, de métodos de observación, de técnicas de registro, de procedimientos de indagación y de pesquisa, de aparatos de verificación y, en general, de tratamiento de informaciones que condicionan y manipulan el comportamiento ciudadano sin necesidad de ejercer una coacción o una amenaza de coacción física sobre los individuos. El encarcelamiento del alma en la sociedad contemporánea, dominada por la imagen, la información y el conocimiento, ha demostrado ser un mecanismo más expedito para el control social que el tradicional encarcelamiento del cuerpo.”

³⁷ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-414 de 16 de junio de 1992. EXP: T-534. MP. Ciro Angarita Barón.

1.3. Fundamentos del derecho al olvido.

En línea con lo expresado por la Corte Constitucional de Colombia, Figueroa Yáñez considera que:

“El fundamento primero de todos los derechos esenciales de las personas naturales, estén consagrados en Tratados Internacionales, en Constituciones Políticas o en Códigos Penales o Civiles, es su dignidad. De esa dignidad de la persona derivan los conceptos de igualdad jurídica, de no-discriminación y de libertad. El derecho a la integridad moral y al honor, el derecho a la privacidad, a la intimidad y a la imagen, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, tienden todos a resguardar la dignidad de cada individuo de la especie humana.”³⁸

Elixmann se refiere a estos derechos como derechos generales de la personalidad, es decir, derechos fundamentales comprendidos dentro del derecho constitucional al libre desarrollo de la persona y la dignidad. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia alemana ha manifestado que los derechos generales de la personalidad se manifiestan de distintas formas, como lo son la autodeterminación, el autorresguardo y la propia representación de la persona humana³⁹.

En los diversos ordenamientos jurídicos, los derechos generales de la personalidad gozan de normas que los resguardan. Así por ejemplo, ordenamientos jurídicos como los de Alemania y España consagran constitucionalmente y garantizan expresamente el derecho a la autodeterminación informativa. De hecho, el Tribunal Constitucional Federal Alemán caracterizó dicho derecho en un fallo del año 1983⁴⁰ y el Tribunal Constitucional Español

³⁸ Figueroa Yáñez, Gonzalo. “Los derechos de la personalidad en General: Concepción Tradicional.” *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIX (1998): P.23.

³⁹ Elixmann, Robert. *Datenschutz und Suchmaschinen, Neue Impulse für einen Datenschutz im Internet*. (Berlín: Duncker & Humboldt, 2012). P.65.

⁴⁰ En Sentencia BVerfGE 65, 1 de 15 de diciembre de 1983, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania declaró inconstitucional la Ley del Censo del año 1983. En dicha ley se exigía a los ciudadanos que contestaran un extenso número de preguntas detalladas y se disponía una sanción a quienes no las respondieran. El Tribunal señaló: “Dentro de las condiciones para el moderno procesamiento de datos se encuentra el derecho general de la personalidad, contemplado en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y que protege a los individuos frente a la recolección, archivo, empleo y difusión ilimitada de sus datos personales. El derecho fundamental garantiza en esta medida la capacidad de los individuos, para determinar, en principio, la divulgación y empleo de sus datos personales. (...) Los límites a ese derecho a la “autodeterminación informativa” se admiten sólo con base en la prevalencia del interés general, requieren de un fundamento legal y constitucional, acorde con el mandato del Estado que exige una claridad normativa. Para su reglamentación el legislador debe tener en cuenta además el principio de proporcionalidad. También está obligado a acatar las disposiciones procedimentales y organizatorias,

se pronunció por primera vez con relación al contenido y alcance de dicho derecho en la Sentencia 254/1993 de 20 de julio ⁴¹ refiriéndolo como ‘libertad informática’ y posteriormente, en las Sentencias 290 y 292 del año 2000, ya se hace referencia al derecho a la protección de datos personales o derecho a la autodeterminación informativa⁴².

Ahora bien, aunque autores como Pere Simón consideran que el derecho al olvido excedería a los intereses que protegen algunos de los derechos generales de la personalidad como lo son el derecho a la intimidad y el derecho al honor, y que el bien jurídico que se ampara con la garantía del derecho al olvido estaría más próximo al libre desarrollo de la personalidad, lo que implicaría que se proteja a las personas frente a la difusión de información de su pasado que pueda condicionar su futuro, más allá de si afecta o no a los derechos de la vida privada, y que en esa medida pueda considerarse un

que evitan el peligro de una violación del derecho a la personalidad. (...) Para el caso de los requisitos constitucionales de una restricción de esta clase se debe diferenciar entre los datos vinculados a la persona, que son recaudados y analizados en forma individualizada, no anónima, y aquellos que se encuentran destinados a fines estadísticos.”

⁴¹ El Tribunal Constitucional de España señala en el considerando sexto de la sentencia referida que: “Dispone el art. 18.4 C.E. que ‘la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos’. De este modo, nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama ‘la informática’.

⁴² Garriga Domínguez, Ana. *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*. (Madrid: Dykinson, 2004). P.36 / En la Sentencia 290/2000 de 30 de noviembre el Tribunal Constitucional de España manifestó: “Si el derecho a la autodeterminación informativa es un derecho activo de control sobre el conjunto de informaciones relativas a una persona, cuando el art. 18.4 CE establece que la Ley limitará el uso de la informática para garantizar los derechos del art. 18.1 no puede significar más que el otorgamiento a los ciudadanos de una posibilidad de actuación con el propósito de, por un lado, impedir o prohibir cualquier intromisión ilegítima en su intimidad a través del uso de la informática, y, de otro lado, garantizar el ejercicio de las facultades de conocimiento y acceso a las informaciones incorporadas a una base de datos, o corregir o suprimir los datos, así como disponer sobre su transmisión y divulgación”. A su vez en la Sentencia 292/2000 de 30 de noviembre se señala: “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.”

derecho autónomo⁴³; la doctrina mayoritaria no comparte tal perspectiva. Leturia, por ejemplo, considera que:

“El derecho al olvido sería sólo una fórmula más clara y didáctica para legitimar restricciones a la libertad de expresión e información en beneficio de otros derechos (honra, intimidad, privacidad, derecho a la resocialización, protección de la autonomía personal, protección de las normas de un juicio justo, entre otras), que surge como respuesta natural a una situación de conflicto entre dos pretensiones incompatibles.”⁴⁴

Para Muñoz Massouh el derecho al olvido es una manifestación del derecho a la autodeterminación informativa, partiendo de la siguiente reflexión:

“Yo decido cuándo y de qué forma mi información es pública, esto es, el titular de los datos -en estricto sentido, no sólo de aquellos que califiquen como datos personales (aunque en estos casos podría justificarse una mayor protección)- es el único autorizado a disponer de ella, salvo que exista una disposición legal que establezca lo contrario o que, en el convencimiento de que tampoco este derecho es una prerrogativa absoluta, existan razones de interés público que así también lo determinen.”⁴⁵

Pazos Castro, a su vez, considera:

“La expresión ‘derecho al olvido’ fue apareciendo también vinculada a otros derechos como la intimidad, la reputación y la propia imagen, relacionándose asimismo con la conservación de la información durante un período de tiempo no superior al imprescindible para alcanzar los fines pretendidos con el tratamiento de datos personales, un aspecto que ya estaba presente en la noción de olvido en el ámbito del derecho penal. Con el desarrollo de las normas sobre protección de datos personales, el derecho al olvido se relacionó también como los derechos de oposición y cancelación. La expresión fue ampliando progresivamente su campo de aplicación al ir apareciendo nuevos casos,

⁴³ Simón Castellano, Pere. *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012). P.121.

⁴⁴ Leturia. *Op.cit.*, P.92.

⁴⁵ Muñoz Massouh, Ana María. “Eliminación de datos personales en Internet: El reconocimiento del derecho al olvido.” *Revista Chile de Derecho y Tecnología. Segundo Semestre 2015, Vol.4, Num.2* (2015): P.227.

diluyéndose en consecuencia su significado y haciendo imposible su establecimiento como figura propia. Como resultado, no podía presentarse una noción clara de este derecho diferenciada de las otras figuras que se han venido mencionando.”⁴⁶

López García considera que ‘derecho al olvido’ es una expresión que está vinculada con el carácter irrenunciable del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, y que en el último tiempo se ha vinculado también con la protección de estos derechos en Internet⁴⁷.

A partir de lo anterior, teniendo en cuenta las distintas propuestas doctrinales, se encuentra conveniente y necesario analizar el derecho al olvido, bien sea como una extensión de los derechos a la intimidad y al honor, o como una proyección del derecho a la protección de datos de carácter personal⁴⁸. Como indica Martínez Caballero, el hecho de inclinarse por uno u otro camino tiene efectos relevantes desde el punto de vista de las normativas aplicables y las formas de protección; no obstante, indistintamente de cual se elija, el propósito es el mismo: Finalizar o limitar la difusión de información o corregir la información difundida⁴⁹. Además de lo anterior, también se debe tener presente que otros fundamentos del derecho al olvido se encuentran en aspectos como el objetivo resocializador de las penas, la imparcialidad de los jueces y la protección de las víctimas. A continuación, se revisarán cada uno de estos aspectos.

1.3.1. El derecho al olvido y los derechos a la intimidad, el honor y la protección de datos.

El derecho a la intimidad comprende la garantía de la privacidad de la vida personal y familiar de una persona, esto implica que haya una abstención por parte del Estado o de terceros de intervenir de forma arbitraria o injustificada en dicho ámbito; también comprende la protección de la privacidad en las situaciones en las cuales no se haya

⁴⁶ Pazos Castro. *Op.cit.*, P.25.

⁴⁷ López García, Mabel. “Derecho a la información y derecho al olvido en Internet”. *La Ley Unión Europea*, No.17 (2014): P.42.

⁴⁸ Mieres Mieres, Luis Javier. “El derecho al olvido digital.” Documento de Trabajo 186/2014. Fundación Alternativas (2014). P:12.

Disponible en: <http://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-derecho-al-olvido-digital> (Fecha de consulta: 20/04/2017).

⁴⁹ Martínez Caballero, Juan. “Cómo conjugar el derecho al olvido.” *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, No. 57 (2015): P.156.

respetado la abstención y los asuntos propios de la esfera privada de una persona que sean objeto de publicaciones o divulgaciones⁵⁰. Esta órbita privada hace referencia a aquellos espacios que las personas se reservan para sí mismas y suele estar conformada por los asuntos relativos a las relaciones familiares, los hábitos, la sexualidad, la salud, el domicilio, las comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y, en general, todos los comportamientos de un individuo que no son conocidos por terceros y que de serlo, conllevarían críticas o desmejorarían la valoración que éstos tienen de él⁵¹. El ejercicio del derecho a la intimidad permite que un individuo disponga de su propia existencia con una injerencia exterior mínima, de modo que la garantía de este derecho es un prerrequisito para la construcción de la autonomía individual⁵².

Por su parte, al garantizar el derecho al honor se protege el valor intrínseco de un individuo no sólo frente a la sociedad sino también frente sí mismo, y se protege para conseguir la correcta apreciación de éste dentro de la colectividad. El rasgo característico de este derecho es que hace referencia a la apreciación o valoración que, en atención a su dignidad humana, merece una persona por parte de los demás integrantes de la colectividad que la conocen⁵³.

Así, si se aborda el derecho al olvido como extensión de los derechos a la intimidad y al honor, debe partirse de la consideración de que lo íntimo no es sólo lo que la sociedad considera como tal, sino también todo aquello frente a lo cual un individuo tiene voluntad de reserva, aunque *a priori* no pudiese considerarse íntimo; en ese sentido, el derecho a la intimidad garantiza que haya un respeto por lo que se quiere que sea secreto, por lo que se pretende que sea desconocido por los demás, para lo cual se fija una veda a los terceros, tanto particulares como el Estado, para que no quiebren los linderos que protegen esa información, y las personas dispongan de un espacio en el que estén libres de observación por parte de otras. Según indica Martínez Caballero, la voluntad de reserva de los individuos se concreta en barreras físicas, conductuales o sociales, encaminadas a

⁵⁰ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-634 de 13 de septiembre de 2013. EXP: T-3.900.495. MP. María Victoria Calle Correa.

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-089 de 01 de marzo de 1995. EXP: T-41.500. MP. Jorge Arango Mejía.

⁵² Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-640 de 18 de agosto de 2010. EXP: D-7999. MP. Mauricio González Cuervo.

⁵³ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-015 de 19 de enero de 2015. EXP: T-3.765.442. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

propiciar un espacio en el que sea posible desenvolverse libremente; al fijar estas barreras, se genera en los individuos una expectativa de privacidad en el sentido en que se espera que los terceros las respeten. El tiempo es una de estas barreras de reserva, pues en virtud de su transcurso, una información personal que en su momento fue conocida pero que ya no es actual ni es objeto de atención pública, se considera reservada⁵⁴. Así, cuando se hace caso omiso de esa barrera que es el tiempo, el ejercicio del derecho al olvido aparece como alternativa para garantizar el derecho a la intimidad.

Muy cercana a la anterior es la proyección del derecho al olvido a partir del derecho al honor, pues si una vez que se produce una difusión de hechos del pasado, ésta llegase a afectar la valoración que recibe un individuo dada su exposición a juicios y consideraciones negativas, se puede acudir a la garantía del derecho al honor, y al protegerse éste se aplicaría el derecho al olvido⁵⁵.

Por su parte, el derecho a la protección de datos personales es una prerrogativa que permite a un individuo disponer de la información que a él le es concerniente, y a partir de esa facultad puede decidir cuáles de sus datos personales facilitar a un tercero, cuáles puede un tercero conservar, saber quién es poseedor sus datos y para qué se poseen, pudiendo también oponerse a esa posesión. En efecto, para Hernández Ramos “el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a una persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”⁵⁶.

De igual forma a como sucede en el caso de los derechos a la intimidad y el honor, la proyección del derecho al olvido a partir del derecho a la protección de datos personales se traduce en que el primero constituye una forma de garantía del segundo. Así, a partir del derecho a la protección de datos personales se proyectaría un derecho al olvido en aquellas circunstancias en las que los datos hayan perdido su vigencia y no haya habido por parte de quienes los utilizan una gestión adecuada para, dado el caso, actualizarlos o cesar la difusión de los mismos, pues más allá de que hayan reflejado una situación real en cierto momento, no reflejan lo que es el individuo en su actualidad y podrían dar lugar

⁵⁴ Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.157 y 158.

⁵⁵ *Ídem*.

⁵⁶ Hernández Ramos, Mario. “El derecho al olvido en Internet como nuevo derecho fundamental en la sociedad de la información. Perspectiva constitucional española y europea.” *Quid Iuris, Año 7, Vol.21* (2013): P.123

a la elaboración de un perfil errado que afectará de una u otra manera al titular de los datos.

1.3.2. El derecho al olvido y el objetivo resocializador de las penas.

Leturia sostiene que la manifestación clásica del derecho al olvido está indiscutiblemente vinculada con el pasado judicial de las personas, tanto en materia penal como en materia comercial⁵⁷. Lo anterior es indiscutible cuando se recuerda que, por lo general, una de las finalidades de los sistemas penales de occidente es la rehabilitación y resocialización de quien cometió un delito, y cuando se cae en la cuenta de que si hubiese una reiteración indefinida en la publicación de la comisión de un hecho delictivo y la condena que recayó sobre quien lo cometió, sería contraproducente si lo que se pretende es que una persona tenga una nueva oportunidad en la sociedad en la que vive. Permitir que eso ocurriese equivaldría a imponer una criminalización secundaria a una persona e impediría -o haría muy difícil- que quien cometió un crimen sea tratado dignamente y no vea afectados sus derechos al honor y a la intimidad, de modo que se justifica la restricción de la información⁵⁸. Un caso paradigmático al respecto se presentó en Alemania en el año 1973, cuando una programadora pública de televisión -ZDF-Zweites Deutsches Fernsehen- transmitió un documental llamado *El asesinato de soldados en Lebach*, en el que algunos actores reproducían el asesinato de cuatro soldados alemanes que aconteció en 1969. Una persona que había sido condenada en 1970 en calidad de cómplice por ese crimen y que se encontraba *ad portas* de su libertad, presentó recurso de amparo contra la decisión de un tribunal civil que rechazó su solicitud de que se prohibiese la emisión de dicho documental, ya que consideraba que la transmisión del documental, en el cual se hacía referencia explícita a su nombre, vulneraba sus derechos fundamentales e imposibilitaba su resocialización.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán amparó los derechos del recurrente al considerar que la garantía de sus derechos fundamentales implicaba que los medios de comunicación no pudiesen divulgar información relativa a alguien condenado y su vida privada sin límites temporales, y que “una información televisiva repetida, que no responde a un interés actual de información sobre un hecho delictivo grave está

⁵⁷ Leturia. *Op.cit.*, P.99; Pazos Castro. *Op.cit.*, P.25; Tamò, Aurelia / George, Damian. *Op.cit.*, P.72 y 73.

⁵⁸ Leturia. *Op.cit.*, P.100.

iusfundamentalmente prohibida”⁵⁹. El Tribunal se enfocó en el potencial de los medios masivos de comunicación para difundir una noticia y en el impacto que dicha difusión producía en los derechos del recurrente, hallando que la afectación se presentaba en la medida en que pese a que la información carecía de interés actual seguía siendo divulgada. En ese orden de ideas, el Tribunal precisó que tratándose de un crimen actual sí existiría un interés legítimo y no se podría limitar la publicación y difusión las noticias relativas al mismo. El Tribunal Constitucional Federal Alemán se expresa en los siguientes términos:

“Tratándose de reportajes sobre delitos graves de actualidad, el interés del público por la información adquiere prevalencia en general respecto de la protección de la personalidad del delincuente. Sin embargo, además de considerar la inalienabilidad de la esfera más íntima de la vida, se debe respetar el principio de proporcionalidad; de ahí que no siempre sea admisible el nombrar, retratar o simplemente identificar al delincuente. La protección constitucional de la personalidad no admite, sin embargo, que la televisión, más allá de informar sobre cuestiones de actualidad, se ocupe por ejemplo, en forma de documentales sin límite de tiempo, de la persona y la vida privada del autor de un crimen. Un informe posterior es en todo caso inadmisibles, si éste es susceptible de causar, frente a la información actual, un perjuicio nuevo o adicional al autor del hecho. Especialmente cuando pone en peligro su reinserción en la sociedad (resocialización). Se supone la puesta en peligro de la resocialización cuando se hace un programa sobre un crimen, identificando al autor del hecho, luego de que éste ha sido puesto en libertad o está pronto a serlo.”⁶⁰

1.3.3. El derecho al olvido, la imparcialidad de los jueces y la protección de las víctimas.

Uno de los elementos sin los cuales no puede hablarse de la garantía de un derecho al debido proceso es la imparcialidad del juez. Esta imparcialidad puede ser tanto subjetiva como objetiva. La primera se refiere a que quien se desempeñe como juez debe carecer

⁵⁹ Alexy, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. *Centro de Estudios Constitucionales* (1993): P.97.

⁶⁰ Schwabe, Jürgen. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”. *Konrad Adenauer Stiftung* (2009): P.251.

30 | El derecho al olvido online a la luz de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red.
Alejandro Espinosa Anaya

de cualquier tipo de interés, prejuicio o vínculo con respecto al asunto controvertido y/o a quienes juzgará; la segunda implica que la sociedad percibe y reconoce en la persona que juzga a alguien ecuánime, más allá de las circunstancias. Así, si llegase a publicitarse algún suceso o información de la vida de quien se desempeña como juez, esto podría afectar su imparcialidad objetiva, pues podría cuestionarse su legitimidad y su autoridad como juez; y si lo que llegase a publicitarse son sucesos o información referente a la vida de quien será juzgado, esto podría influir en la decisión del juez si éste es mediático y/o no cuenta con la suficiente experiencia o preparación o criterio jurídico⁶¹.

Por otro lado, el hecho de publicitar reiterada e indefinidamente un hecho o información del mismo, podría implicar que si hubo una persona perjudicada en él, una víctima, tal persona se verá permanente relacionada con esa condición y difícilmente podrá desprenderse de las circunstancias en las que fue victimizada y que muy probablemente querrá dejar atrás; de modo que se produciría una victimización secundaria permanente, siendo el derecho al olvido la alternativa para evitar que sucesos como estos se produzcan⁶².

⁶¹ Leturia. *Op.cit.*, P.102.

⁶² *Ídem*.

CAPÍTULO II

EL DERECHO AL OLVIDO *ONLINE*

El Capítulo I de este trabajo dio cuenta de que la existencia del derecho al olvido no es novedosa, que las nociones en torno a las cuales se ha edificado el concepto existen desde hace tiempo, que la doctrina lo ha estudiado y que la jurisprudencia, tanto la de Estados Unidos de América, como la de Francia y Alemania, por hacer referencia a la tradición jurídica continental europea, y la de países latinoamericanos como Colombia, se ha pronunciado frente a la posibilidad de conceder a las personas el olvido de ciertas circunstancias del pasado. De cualquier manera, aunque un juez ordenase la aplicación de las medidas que conllevasen a que se produjese la garantía de un derecho al olvido, era muy difícil que éstas se concretaran en la práctica, pues el olvido no es algo que pueda producirse de manera automática, consciente y voluntaria; pese a lo cual, dado lo costoso que resultaba conservar la información hace unas décadas, ésta se terminaba perdiendo y era posible que con el paso del tiempo se produjese el olvido que se pretendía. Sin embargo, el desarrollo de Internet y las demás tecnologías de la información y comunicación ha cambiado esta situación, pues el mundo digital desconoce y supera algunas de las limitaciones que existen en el mundo físico⁶³.

Pazos Castro sostiene que si en el contexto de un mundo únicamente físico ya existían dudas en cuanto a la posibilidad de eliminar información de forma definitiva, estas dudas se desvanecen cuando se considera la posibilidad de eliminar definitivamente la información en el mundo digital, pues para él dicha circunstancia resulta utópica, aunque el olvido sí sería posible pues, pese a que la información siga existiendo, ésta podría volverse inaccesible⁶⁴.

El segundo capítulo de este trabajo estará dirigido a explorar algunos aspectos básicos del manejo de la información en Internet y el aporte de la Agencia Española de Protección de Datos, para posteriormente pasar a describir, analizar y criticar algunos aspectos del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Google Inc. y Google Spain contra Mario Costeja y la Agencia Española de Protección de Datos; por

⁶³ Kerr, Orin S. “Applying the 4th Amendment to the Internet”. *Stanford Law Review*, Vol.62, No.4 (2010): P.1012-1015.

⁶⁴ Pazos Castro. *Op.cit.*, P.27.

32 | *El derecho al olvido online a la luz de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red.*
Alejandro Espinosa Anaya

último, se realizará una valoración de las principales modificaciones que introduce el Reglamento No.2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo.

2.1. La Internet y el derecho al olvido.

En sus inicios, la Internet de dominio público y uso comercial estaba diseñada para que sus usuarios sólo pudiesen buscar información. La información disponible solamente se hallaba en lugares virtuales a los que desde entonces se ha denominado sitios o páginas web, cuyo diseño, mantenimiento y programación estaba a cargo de un arquitecto o programador que, adicionalmente, podía filtrar la información contenida en dichos sitios. A esa forma de Internet se le llamó Web 1.0, y en ella, los internautas eran básicamente consumidores de información, pues no existían muchas posibilidades de interacción entre ellos. El modelo cambió posteriormente, la Web 2.0 dio a los usuarios la posibilidad de ser no sólo consumidores de información, sino también de ser partícipes en la generación y manejo de la misma, que dejó de ser una labor exclusiva de los arquitectos de sitios web. Es en el marco de la Web 2.0 que aparecen los blogs y las populares redes sociales. A la Web 2.0 ha sucedido la Web 3.0, que está basada en la continua interacción de los contenidos que los usuarios aportan y los conocimientos previamente disponibles en la red, facilitando aún más el acceso a la información por parte de los internautas, y posibilitando, entre otras cosas, los estudios de preferencias que resultan tan apetecibles para las empresas⁶⁵.

Ahora bien, desde la Web 1.0 se ha accedido a información en Internet a través de los denominados ‘buscadores’. La información que los buscadores arrojan es una parte considerable de la memoria que hay en Internet y, aunque siempre ha habido información, gracias a Internet y a los buscadores disponibles allí, nunca había sido tan fácil acceder a ella y preservarla⁶⁶. A partir de lo anterior, es posible considerar que el desarrollo de la Internet y su entorno ha redefinido la forma como se genera, recolecta, distribuye, accede y usa la información, y eso lo ha convertido en un escenario propicio y recurrente para el ejercicio de derechos como lo son el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información.

⁶⁵ Hernández Ramos, Mario. “El derecho al olvido digital en la Web 2.0”, *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, No.11 (2013): P.11 y 12.

⁶⁶ *Ibidem*, P.7.

En la actualidad, Internet no es sólo una herramienta que facilita el acceso a la información sino, ante todo, un entramado de vías por medio de las cuales se hacen posibles muchos tipos de interacción humana, a tal punto, que se ha vuelto indispensable para el desarrollo de las actividades más cotidianas. Tales interacciones suelen conllevar una cesión o intercambio permanente de información; pensemos a modo de ejemplo en la información que aportamos al registrar un correo electrónico en Gmail o al abrir una cuenta en Amazon para luego hacer compras allí con nuestra tarjeta de crédito, o para ingresar a una red social, en la que una vez vinculados compartimos con conocidos y hasta con desconocidos, fotografías, vídeos, reflexiones, artículos de interés, y en la que decimos qué nos gusta y qué merece nuestro repudio o nos genera indignación, todo esto, por supuesto, voluntariamente. También hay información que nos concierne y que hemos aportado sin ser conscientes de ello o que directamente ha sido aportada por otros, por ejemplo, las universidades en las que hemos estudiado y las empresas en la que hemos trabajado.

En este contexto, la libertad de expresión se traduce en información, y tal información puede incluir datos personales propios o ajenos, cuyo contenido, tratamiento, accesibilidad y perdurabilidad, eventualmente podría afectar a una persona, al punto tal que se le dificulte o imposibilite el desarrollo de su plan de vida, en vista de que se le impide una autodeterminación individual. Una persona puede autodeterminarse cuando goza de autonomía, es decir, cuando puede elegir, tomar decisiones informadas y controlar distintos aspectos de su vida, y precisamente uno de los aspectos que debe controlar una persona es qué información sobre ella se revela, a quién se le revela y con qué propósitos⁶⁷. Eso es lo que en algunos ámbitos jurídicos se ha denominado autodeterminación informativa y en otros, de forma equivalente, derecho al *habeas data* y a la protección de datos personales⁶⁸.

El desarrollo de la Internet y las demás tecnologías de la información y comunicación ha producido un desequilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la autodeterminación informativa⁶⁹, y en la búsqueda de un nuevo equilibrio, el denominado

⁶⁷ De Terwangne, Cécile. “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, No.13 (2012): P.54 y 55.

⁶⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique. “Del Habeas Corpus al Habeas Data”, *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, No.1 (1992): P.155, 157 y 158; Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-748 de 06 de octubre de 2011. EXP: PE-032. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁹ De Terwangne. *Op.cit.*, P.54.

derecho al olvido *online* o digital tiene un rol de gran importancia, pues el hecho de que alguna información pueda ser retirada del entorno de la Internet o que sin ser retirada pueda resultar inaccesible para los usuarios, podría coadyuvar a que se alcance el equilibrio que se busca. Así, el derecho al olvido aplicado al entorno de Internet, se traduce en la facultad con la que cuenta una persona para hacer que se impida el acceso de los internautas u otros agentes a información disponible en Internet sobre ella, sin que diese su consentimiento para ello y a oponerse a la utilización ilegítima de la misma, pues esa situación afecta o podría afectar algunos de sus derechos fundamentales.

Esta versión del derecho al olvido cuenta con una regulación escasa. De hecho, en el derecho europeo no estaba positivado con esa denominación y sólo fue plenamente incorporado en una normativa con el Reglamento No.2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de 27 de abril de 2016 y que será aplicable desde el 25 de mayo de 2018.

A continuación, se examinará el aporte de la Agencia Española de Protección de Datos en el reconocimiento del derecho al olvido *online* y, a su vez, el reconocimiento del mismo en el escenario europeo, observando cómo ha sido garantizado y revisando la normativa con base en la cual ha sido fundamentado.

2.2. El aporte de la Agencia Española de Protección de Datos.

Mieres, al igual que Martínez Caballero, sostiene que el hecho de que el derecho al olvido pueda proyectarse, bien sea a partir de la protección a los derechos a la intimidad y al honor o de la protección al derecho de *habeas data* o autodeterminación informativa, implica la existencia de tutelas concurrentes que se desarrollan de distintas maneras en la medida en que se basan normativas diferentes. De hecho, de la proyección del derecho al olvido a partir de los primeros se derivaría una protección frente a informaciones obsoletas del pasado cuando éstas lesionen los bienes jurídicos protegidos por estos derechos, mientras que del derecho al *habeas data* se desprendería la protección frente al tratamiento de todos aquellos datos que identifiquen o permitan identificar a una persona, lo cual implicaría un mayor ámbito de cobertura⁷⁰.

⁷⁰ Mieres. *Op.cit.*, P.12 y 13.

También precisa Mieres que otro elemento a considerar son los distintos garantes si se opta por una u otra proyección. Así, en el contexto europeo, mientras los derechos a la intimidad y al honor son amparados por los jueces y tribunales, el derecho a la protección de datos tiene un sistema administrativo de protección a través de una agencia independiente al poder judicial⁷¹, en España es la Agencia Española de Protección de Datos -en adelante AEPD-.

La AEPD fue creada por medio del Real Decreto 428 de 26 de marzo de 1993, y según lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha normativa, es un ente de derecho público que goza de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones, se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia y tenía como propósito el cumplimiento y garantía de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 5 de 29 de octubre de 1992. Se señala que tenía, porque dicha ley fue derogada por la Ley Orgánica 15 de 13 de diciembre de 1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, mediante la cual el ordenamiento jurídico español ajustó el tratamiento de datos personales y la libre circulación de los mismos a los requerimientos establecidos en la Directiva 95/46/CE. De modo que en España, al igual que en otros Estados europeos⁷², el derecho fundamental a la protección de datos cuenta con una garantía orgánica específica, y no sólo eso, la AEPD ha llevado a cabo una labor de gran importancia en cuanto a la protección de los derechos de cancelación y oposición como instrumentos de garantía del derecho al olvido.

La postura de la AEPD consiste en que a partir de los derechos reconocidos en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal -en adelante, LOPD-, los particulares pueden ejercer el derecho al olvido, de modo que éste se concretaría en el derecho a cancelar el tratamiento de datos personales cuando éstos hayan sido publicados sin el consentimiento respectivo y sin cobertura legal, o en el derecho de oponerse a que, aun tratándose de una publicación legal, los datos sean objeto de tratamientos posteriores que comporten una multiplicación de esa publicidad⁷³. Al atender a reclamaciones frente a alguna vulneración de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición al

⁷¹ *Ibidem*, P.12.

⁷² Por ejemplo, en Francia e Italia operan respectivamente, con funciones similares a la AEPD, la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) y el *Garante per la Protezione dei Dati Personali*.

⁷³ Agencia Española de Protección de Datos. Memoria AEPD 2011. (2012): P.44. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/memorias-ides-idphp.php (Fecha de consulta: 21/04/2017).

tratamiento de datos -derechos ARCO consagrados en la LOPD-, la AEPD ha terminado ejerciendo el derecho al olvido *online* en un número considerable de casos⁷⁴.

Desde hace una década la AEPD ha manifestado su preocupación por la problemática que surge a raíz de la permanencia de la información de las personas en Internet, especialmente cuando el ejercicio de los derechos de las personas se ve afectado por el acceso a datos o informaciones que pueda resultar perjudicial; de hecho, en la Resolución No. R/00598/2007 sentó una posición, que posteriormente ha reiterado⁷⁵, en los siguientes términos:

“(…) cabe proclamar que ningún ciudadano que ni goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a soportar que sus datos de carácter personal circulen por la red sin poder reaccionar ni corregir la inclusión ilegítima de los mismos en un sistema de comunicación universal como Internet. Si requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación in consentida de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito), no es menos cierto que resulta palmariamente legítimo que el ciudadano que no esté obligado a someterse a la disciplina del ejercicio de las referidas libertades (por no resultar sus datos personales de interés público ni contribuir, en consecuencia, su conocimiento a forjar una opinión pública libre como pilar básico del Estado democrático) debe gozar de mecanismos reactivos amparados en Derecho (como el derecho de cancelación de datos de carácter personal) que impidan el mantenimiento secular y universal en la red de su información de carácter personal.”⁷⁶

⁷⁴ Agencia Española de Protección de Datos. Memoria AEPD 2012. (2013): P.26. En su memoria del año 2012, la AEPD indicó que para esa anualidad había atendido 181 solicitudes en las que tuvo aplicación el derecho al olvido en ejercicio de los derechos ARCO. Disponible en: http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/memorias-ides-idphp.php (Fecha de consulta: 21/04/2017).

⁷⁵ Mieres. *Op.cit.*, P.20.

⁷⁶ Cfr. Agencia Española de Protección de Datos. Resolución No. R/00598/2007 de 27 de julio de 2007. TD/00266/2007. P.08 y 09.

Así, para la AEPD, en ejercicio del derecho de cancelación en virtud del cual sería posible bloquear el acceso a la información y en esa medida que los datos que la conforman no sean accesibles a los internautas o terceros, o en ejercicio del derecho de oposición al tratamiento de datos, que implicaría la desindexación del sitio web que contiene los datos controvertidos, podría desarrollarse un derecho al olvido, tanto frente a quien divulga o mantiene en Internet de forma primigenia los datos controvertidos como con respecto a los buscadores que indexan los sitios web originales y muestran los enlaces para acceder a los mismos en los resultados de sus búsquedas. Además, la AEPD se ha opuesto a los controles, filtraciones o bloqueos preventivos -salvo a aquellos que se disponen expresamente en la ley- mientras se lleva a cabo un tratamiento de datos *online*, de hecho, considera que la protección de los datos debe brindarse *ex post*, a partir de la acción promovida por el afectado, y consistiendo dicha protección en la cesación de la difusión de datos controvertidos⁷⁷.

La posición de la AEPD se aprecia en determinaciones como la que se tomó en la Resolución No. R/02010/2012, con ocasión de la solicitud que presentó un ciudadano a Google debido a que al digitar su nombre en el Google Search, el índice de resultados de búsquedas mostraba enlaces de algunos artículos publicados por diario El País sobre acontecimientos ocurridos en los años 1993 y 1994, en los cuales se informaba que el solicitante había sido condenado por el delito de extorsión; sin embargo, en ninguno de los artículos referidos se indicaba que tras la interposición del recurso correspondiente, el ahora solicitante había sido absuelto. La AEPD reconoció en la resolución referida que la publicación por parte del diario está amparada por el derecho a la libertad de información, pero que:

“(...) los medios de comunicación deberían valorar la necesidad de que su actuación se dirija a conciliar, en mayor medida, el derecho a la libertad de información con la aplicación de los principios de protección de datos personales. En primer lugar, debiera ponderarse escrupulosamente la relevancia pública de la identidad de las personas afectadas por el hecho noticiable, para, en el caso de que no aporte información adicional, evitar la identificación mediante la supresión del nombre e incluso, si fuera necesario,

⁷⁷ Mieres. *Op.cit.*, P.21.

38 | El derecho al olvido online a la luz de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red.
Alejandro Espinosa Anaya

de las iniciales a cualquier referencia suplementaria de la que pueda deducirse la identificación, en el caso de que el entorno sea limitado.

Junto a ello, no cabe duda de que el desarrollo de Internet y la implantación generalizada de los motores de búsqueda suponen una actualización y divulgación exponencial y permanente de la información en prensa, así como de los datos personales incluidos en la misma, como la identidad de las personas. Deberían, por ello, los medios de comunicación, reflexionar sobre la trascendencia que tiene mantener de manera permanente una absoluta accesibilidad de los datos contenidos en noticias cuya relevancia informativa, probablemente, es inexistente en la actualidad.

En este sentido, El País S. L. debería usar medidas informáticas para que, en el caso de que concurra interés legítimo de un particular y la relevancia del hecho haya dejado de existir, se evite desde su *webmaster* la indexación de la noticia por los motores de búsqueda en Internet. De esta forma, aun manteniéndola inalterable en su soporte, ya que no se borraría de sus archivos ni de sus históricos, se evitaría su divulgación indiscriminada, permanente y, en su caso, lesiva.”⁷⁸

Por su parte, con respecto al buscador, la AEPD señaló:

“(…) desde Google deberían haberse implementado las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso posterior a los mismos.

De acuerdo con lo anterior, procedía la exclusión de los datos personales del reclamante de los índices elaborados por Google, por lo que se estima el presente procedimiento de tutela de derechos.”⁷⁹

Así, en casos con situaciones fácticas análogas, la AEPD ha mantenido el anterior esquema de solución, es decir, ha optado por mantener la publicación original en la red respetando por ende el derecho a la libertad de expresión, pero recomendando al responsable de dicha publicación una suerte de autorregulación, en el sentido en que

⁷⁸ Cfr. Agencia Española de Protección de Datos. Resolución No. R/02010/2012 de 18 de septiembre de 2012. TD/00796/2012. P.25 y 26.

⁷⁹ Cfr. Agencia Española de Protección de Datos. Resolución No. R/02010/2012 de 18 de septiembre de 2012. TD/00796/2012. P.24.

podría utilizar el protocolo *robots.txt* en virtud del cual los enlaces que conducen a los sitios web en los que se encuentran los datos controvertidos no serían exhibidos en los resultados de las búsquedas efectuadas por los buscadores; a la vez que se obliga a éstos eliminar de sus índices de búsqueda la información controvertida en caso de que carezca de interés público actual y/o sea inexacta u obsoleta⁸⁰.

A partir de la postura de la AEPD podría considerarse que la afectación del derecho al *habeas data* de los solicitantes no sólo se concreta en el acceso individualizado de los internautas al sitio web que contiene los datos controvertidos, sino en la amplificación de la publicación de los mismos que se produce cuando se accede a la información contenida en los sitios web a partir de una búsqueda por medio de un buscador. Por eso, autores como Mieres consideran que el propósito de fondo de la AEPD con este tipo de medidas es que cierto tipo de información permanezca invisible para cierto tipo de usuarios: los que acceden a la información mediante los buscadores y no los que van a la fuente original⁸¹.

La postura de la AEPD fue cuestionada por los principales afectados por sus medidas, es decir, las empresas que ofrecen ser servicios de búsquedas en Internet, con Google Inc. a la cabeza, y a partir de uno de estos cuestionamientos fue que se presentó el pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que puso en la vitrina el debate sobre el derecho al olvido.

2.3. El derecho al olvido *online* según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En Sentencia de 13 de mayo de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en adelante TJUE- se pronunció con relación a un asunto que fue el que en gran medida suscitó el debate con relación al derecho al olvido en Internet, la viabilidad y límites del mismo y a la forma como debe ponerse en práctica. Corresponde recordar entonces los hechos que llevaron a que dicho organismo tuviese que pronunciarse con relación a ese tema y algunos aspectos jurídicos relevantes para comprender el caso.

⁸⁰ Mieres. *Op.cit.*, P.37.

⁸¹ *Ibidem*, P.38.

2.3.1. Antecedentes del asunto Google Inc. y Google Spain contra Mario Costeja y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

En sus ediciones de 19 de enero y 09 de marzo de 1998, el periódico La Vanguardia, un diario ampliamente difundido en la Comunidad Autónoma de Cataluña (España), publicó un anuncio de subasta de inmuebles relacionado con un embargo que se había realizado al señor Mario Costeja González debido a deudas con la seguridad social. Aproximadamente doce años después de la última de las publicaciones referidas, en fecha de 05 de marzo de 2010, el señor Costeja presentó una reclamación contra La Vanguardia Ediciones S.L., Google Spain y Google Inc. ante la AEPD. Dicha reclamación obedeció al hecho de que si un usuario de Internet digitaba el nombre y apellidos del señor Costeja en el buscador de Google, la búsqueda arrojaba vínculos en la red que lo conducían directamente al sitio web del diario La Vanguardia, a las ediciones digitales de las fechas en las que se hicieron las publicaciones; al parecer del señor Costeja, tales publicaciones carecían de relevancia y vigencia, pues el asunto relativo al embargo al que en su momento se había visto sometido, se resolvió hace años.

A raíz de lo anterior, el señor Costeja solicitó a la AEPD que se exigiese a La Vanguardia Ediciones S.L. eliminar o modificar las publicaciones realizadas para que no apareciesen sus datos personales, o utilizar las herramientas que hicieran posible que el buscador de Google no tuviese acceso a tales datos, y a Google Spain y/o a Google Inc. que eliminaran u ocultaran sus datos personales de modo que se dejaran de incluir en los resultados de las búsquedas realizadas por medio de su buscador.

Mediante Resolución No. R/01680/2010 de 30 de julio de 2010, la AEPD rechazó las pretensiones del señor Costeja frente a La Vanguardia Ediciones S.L., pues consideró que la publicación que ésta había realizado contaba con plena justificación legal, pues se había hecho por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con el propósito dar la máxima publicidad posible a la subasta para lograr una mayor concurrencia de licitadores. Por el contrario, con respecto a Google Spain y Google Inc., la AEPD estimó que quienes gestionan buscadores en Internet están sujetos a la LOPD al ser ésta la normativa que rige en España en materia de protección de datos, puesto que efectúan un tratamiento de datos del que son responsables. En consecuencia, le ordenó a Google Spain y Google Inc. que tomaran las medidas necesarias para retirar o imposibilitar el acceso desde su buscador a

los datos personales del señor Costeja, al considerar que la localización y difusión de los mismos lesionaba su derecho fundamental al *habeas data*.

En este punto Pazos Castro plantea una crítica pertinente. Señala que la AEPD decidió que Google Inc. debía retirar los datos personales del señor Costeja de su índice. Al cumplir dicha orden Google Inc. retiraría de su índice esos datos, pero nada impediría que un futuro rastreo que se llevase a cabo desde el Google Search, el sitio web fuente volviese a ser hallado y recopilado por el buscador, captando una vez más los datos personales y alojándolos en su índice. La orden técnicamente correcta por parte de la AEPD habría sido prohibir a Google Inc. que indexara, es decir, que incluyera en su índice, los datos personales recogidos en el sitio web fuente. Así, Google Inc. tendría una doble obligación: retirar los datos personales del índice actual y abstenerse de volver a incorporarlos⁸².

Más allá de lo anterior, Google Spain y Google Inc. solicitaron la nulidad de la resolución proferida por la AEPD ante la Audiencia Nacional⁸³ mediante recursos que fueron acumulados.

En el marco de la reclamación realizada por el Google Spain y Google Inc., la Audiencia Nacional, considerando:

(i) Que en el derecho europeo la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos estaba regulada por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 - en adelante, la Directiva-, que entró en vigor el 13 de diciembre de 1995;

⁸² Pazos Castro. *Op.cit.*, P.29.

⁸³ La Audiencia Nacional fue creada por medio del Real Decreto Ley de 4 de enero de 1977, tiene jurisdicción en todo el territorio español, conoce puntualmente de ciertas materias como delitos contra la corona o miembros de gobiernos, terrorismo, narcotráfico, y falsificación de moneda, entre otros, y su funcionamiento está previsto en la Ley Orgánica 6 de 01 de julio de 1985. Según lo dispone el artículo 116 de la Ley 30 de 26 de noviembre de 1992, los actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa, como lo son las resoluciones de la AEPD, pueden ser recurridos, a elección del recurrente, por medio del recurso de reposición ante el mismo órgano que lo dictó o, directamente, por medio de recurso de nulidad ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que para el caso de las resoluciones de la AEPD es la Audiencia Nacional, y ello obedece a que así lo dispone la Ley 29 de 13 de julio de 1998 en el apartado 5 de su disposición adicional cuarta.

(ii) Que la Directiva dispuso que los Estados miembros de la Unión Europea debían adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para aplicarla⁸⁴;

(iii) Que en cumplimiento de tal disposición y atendiendo a los parámetros de la Directiva, en España se promulgó la LOPD;

(iv) Que la Directiva se promulgó con anterioridad a la expansión de la Internet y a la utilización masiva de buscadores, y que en consecuencia de ello las disposiciones contenidas en la misma no contenían referencias expresas con relación a estas tecnologías; y

(v) Que las directivas dictadas con posterioridad, que regulan la actividad de los servicios de la sociedad de la información, se remiten, en materia de protección de datos a la Directiva 95/46/CE.

Encontró necesario consultar al TJUE, en cuestión de prejudicialidad⁸⁵, sobre la interpretación que debía hacerse con relación a algunos puntos de la Directiva. De modo que se acudió al TJUE para dilucidar cuestionamientos que pueden agruparse en tres categorías:

(a) En primer lugar, una relacionada con el ámbito territorial de aplicación de las normas de protección de datos de la Unión Europea, es decir, si la Directiva y la LOPD podían aplicarse en este caso, teniendo en cuenta que Google Inc., empresa matriz del grupo Google, está domiciliada en los Estados Unidos de América.

⁸⁴ Diario Oficial No. L281 de 23/11/1995. P.0031-0050. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Artículo 32.

⁸⁵ El procedimiento prejudicial es un trámite de consulta que ejerce un órgano jurisdiccional nacional ante el TJUE con el objetivo de que este último determine la interpretación o validez de ciertas normas del derecho europeo. Se trata de una consulta entre jueces encaminada a facilitar la cooperación activa entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE para la aplicación uniforme del derecho europeo en toda la Unión Europea. Así, todo órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio en el que la aplicación de una norma del derecho europeo resulte problemática, podrá consultar al TJUE para que determine cómo debe ser tal aplicación. El TJUE se pronunciará solamente sobre los cuestionamientos planteados sin que en ningún momento asuma competencia sobre el litigio con ocasión del cual se efectúa la consulta. El pronunciamiento del TJUE tiene fuerza de cosa juzgada, en virtud de lo cual es obligatorio, no sólo para el órgano jurisdiccional nacional que remitió la cuestión prejudicial, sino también para todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

(b) En segundo lugar, una relativa a la posición jurídica del gestor del buscador en Internet a la luz de la Directiva, es decir, se pretende aclarar si los buscadores realizan un tratamiento de datos al indexar información de la red, y de ser así, si son responsables del mismo y si en consecuencia les corresponde garantizar los derechos de acceso, rectificación, bloqueo, supresión y oposición del titular de los datos, pese a que la información persista en la fuente primaria por tratarse de información lícita. Y

(c) En tercer lugar, una relativa a si el derecho a la protección de datos implica además que el titular de los datos pueda acudir directamente al buscador para oponerse a la indexación de dichos datos, o a que sean bloqueados o suprimidos, más allá de que sean idénticos a los que están en el sitio web que los publicó inicialmente y que la publicación sea lícita, con el propósito de que los usuarios del buscador no accedan a esos datos al considerar que ese hecho podría perjudicarlo, es decir, que se haga efectivo un derecho al olvido en Internet.

El TJUE abordó y contestó independientemente cada una de esas cuestiones, no sin que previamente hubiese tenido conocimiento de las posiciones de los intervinientes y de las conclusiones que formuló al respecto el señor Niilo Jääskinen en su rol de abogado general del tribunal para ese caso.

2.3.2. Asunto Google Inc. y Google Spain contra Mario Costeja y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). Conclusiones del abogado general y argumentos del TJUE.

El 25 de junio de 2013, con anterioridad al pronunciamiento definitivo por parte del TJUE, Niilo Jääskinen, abogado general del TJUE para el caso, presentó sus conclusiones frente a los cuestionamientos formulados y planteó consideraciones que no pueden pasar inadvertidas más allá de no ser vinculantes.

Para Jääskinen la pregunta clave a resolver para que pudiese solucionarse la controversia existente era cómo debía interpretarse el rol del gestor de un buscador en Internet con relación a la normativa existente en la Unión Europea sobre protección de datos, concretamente frente a la Directiva.

Para abordar y comprender el análisis que realiza Jääskinen y la posterior resolución por parte del TJUE, conviene revisar qué son y cómo funcionan los buscadores en Internet.

2.3.2.1. Los buscadores en Internet.

El desarrollo vertiginoso de la Internet en los últimos veinte años ha generado que, entre otras cosas, los internautas puedan tener acceso a un volumen colosal de información. La red es inmensa y permanentemente está creciendo, la información que en ella se encuentra está dispersa en toda su dimensión y ante un espacio tan basto en el que buscar, el desafío es hallar formas prácticas y sencillas de localizar rápidamente la información que se quiere encontrar. Los denominados buscadores están diseñados para lograr ese objetivo.

Los buscadores son herramientas cuyo propósito es la rápida obtención de información en la red. Se trata de servidores que tienen acceso a amplias bases de datos en las cuales se almacena parcial o íntegramente el contenido de un sinnúmero de sitios web, lo cual permite que sobre esa información se lleven a cabo búsquedas⁸⁶. En la actualidad constituyen un elemento indispensable en la cotidianidad de los internautas, ya que si no se contara con ellos sería supremamente complejo acceder a la información disponible en Internet. Precisamente ese potencial para hallar información es el que en este contexto se torna problemático, pues superando los límites del tiempo y del espacio, un buscador puede localizar de manera instantánea cualquier tipo de información, incluyendo datos personales, y la exposición de éstos podría resultar lesiva para las personas⁸⁷.

Existen dos tipos de buscadores: los buscadores tipo directorio y los motores de búsqueda. Los buscadores tipo directorio muestran resultados categorizados; en ellos la información que aparece está seleccionada y organizada en una especie de índice. Estos buscadores disponen de bases de datos que contiene información sobre los sitios web, como el nombre del sitio, su URL⁸⁸ y las palabras clave que describen y resumen su contenido. Por su parte, los motores de búsqueda disponen de bases de datos que almacenan más información de los sitios web, pero dicha información no está categorizada ni organizada, por lo que puede resultar más difícil para el usuario de Internet hallar la información que busca⁸⁹.

⁸⁶ Bueno Ávila, Salvador, Salmerón Silvera, José Luis y Luna Huertas, Paula. “Localización de información en motores de búsqueda en Internet. Análisis de la efectividad”. *Economía Industrial*, No.346 (2002): P.174 y 175.

⁸⁷ Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.166.

⁸⁸ URL es la sigla para abreviar *Uniform Resource Locator*, es decir, Localizador Uniforme de Recursos, y se trata de una cadena de caracteres que representa una dirección única en el contexto de Internet.

⁸⁹ Bueno Ávila, Salvador, Salmerón Silvera, José Luis y Luna Huertas, Paula. *Op.cit.*, P.174.

Los buscadores en Internet funcionan a partir de tres componentes: En primer lugar, están las llamadas *spiders* o *robots*, que son programas informáticos que rastrean los sitios web en Internet analizando el contenido de los mismos e incorporándolos a una base de datos. Esta base de datos o *index*, es el segundo componente y en ella se encuentra la información de todos los sitios web entre los cuales navegaron ‘las arañas’ con la finalidad de facilitar la búsqueda de los usuarios. Y, en tercer lugar, se dispone del mecanismo de búsqueda que, por lo general, está presentado de forma sencilla para que los internautas indiquen qué información buscan, frente a lo cual reciben una lista de referencias entre las que podría estar la información que requieren. La búsqueda se orienta a partir de la comparación de una serie de palabras claves o reactivos, pudiendo tratarse de una sola palabra, una frase, un código, un nombre, entre muchas otras posibilidades⁹⁰.

Así, un buscador en Internet no crea un nuevo contenido, sino que básicamente indica dónde pueden hallarse contenidos ya existentes que han sido puestos a disposición por terceros, para lo cual proporcionan un vínculo a un sitio web o URL a partir de los términos en que se ha buscado. Los resultados que arroja la búsqueda por medio de un buscador en Internet no son los obtenidos a partir de una exploración inmediata en toda la *World Wide Web*, sino que se trata de una búsqueda en los contenidos que el buscador ha recopilado de sitios web, y que ha copiado e indexado en su base de datos. Estos contenidos podrían incluir datos personales si éstos llegasen a figurar en alguno de los sitios web fuente⁹¹.

Con el propósito de facilitar el manejo de los resultados que arrojan, los buscadores suelen mostrar contenidos adicionales además del enlace al sitio web original; habitualmente se trata de extractos de texto y con menos frecuencia se puede apreciar contenido audiovisual o fotografías del sitio web fuente. Estos contenidos adicionales son un ejemplo de lo que se ha denominado metadatos, es decir, datos que describen datos; o más claramente, datos que informan el contenido, calidad, condición y otras

⁹⁰ Oller Gómez, Jorge. “Elementos teórico-prácticos útiles para comprender el uso de los motores de búsqueda en Internet”, *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud*, Vol.11, No.6, (2003): Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94352003000600007 (Fecha de consulta: 29 de agosto de 2016).

⁹¹ Jääskinen, Nilo. Conclusiones del Abogado General, Asunto C-131/12. Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González. (2013): Apartado 33 y 34. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782&doclang=ES#Footref19>

características de otros datos. Los metadatos describen varios atributos de otros datos otorgándoles contexto, significación y organización.

Pues bien, esta vista previa de la información se muestra sin que haya sido necesario acudir al sitio web fuente, pues de ella dispone el gestor del buscador en Internet; por ende, éste también podría tener a su disposición datos personales. De hecho, el gestor del buscador en Internet suele conocer datos personales relativos a sus usuarios, por ejemplo, las direcciones IP desde las cuales se realizan las búsquedas, las preferencias de uso - como lo es el idioma-, y en el caso de las personas que han abierto cuentas de usuario y que por ende han registrado datos personales como su nombre, dirección de correo electrónico y número de teléfono, éstos terminan siendo de conocimiento del gestor del buscador en Internet⁹².

2.3.2.2. Conclusiones del abogado general y argumentos del TJUE.

(i) Del ámbito de aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE.

Con relación al primero de los cuestionamientos formulados por la Audiencia Nacional, es decir, el relativo al ámbito de aplicación territorial de la Directiva y si dicha normativa podía aplicarse al caso considerando que Google Inc., empresa matriz del grupo Google tiene su domicilio en los Estados Unidos de América, el abogado general del TJUE se enfocó en la interpretación que debía darse al artículo 4, ordinal 1, literal a) de la Directiva⁹³.

Al analizar dicha norma y relacionarla con los supuestos fácticos del caso, consideró que el TJUE debía abordar el punto relativo a la aplicabilidad territorial de la Directiva sin dejar de lado el modelo de negocio de los proveedores de servicios de buscadores en Internet.

Puede que alguna vez nos hayamos preguntado si el servicio que presta un buscador en Internet es gratuito. *A priori*, podría pensarse que sí, ya que los usuarios del buscador no pagan contraprestación económica alguna al proveedor de dichos servicios, sin embargo, éste sí obtiene ingresos por los servicios que presta, pero éstos no provienen de sus

⁹² *Ibidem*, Apartado 35 y 48.

⁹³ Directiva 95/46/CE. “Artículo 4: Derecho nacional aplicable. 1. Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando: a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro (...);”

usuarios sino de quienes realizan anuncios publicitarios y han adquirido términos de búsqueda como palabras clave; esto con la finalidad de que los anuncios se muestren de manera simultánea a los resultados de las búsquedas en que se utilicen tales palabras⁹⁴. Así pues, la venta de espacios para publicidad dirigida es lo que hace rentable la provisión de una herramienta que permite la localización de información de forma gratuita.

El abogado general señaló que las filiales que Google Inc. ha creado en muchos países - no sólo de la Unión Europea- son las entidades responsables de la venta de espacios para publicidad, que estas filiales se ajustan a lo que en la Directiva se denominó “establecimiento” y que están inescindiblemente vinculadas al buscador de Google en Internet⁹⁵. Su conclusión fue que, aunque las actividades relativas al tratamiento de datos personales se realizaran en otro Estado miembro o en países terceros, ese tratamiento se presenta en el marco de un establecimiento del responsable del tratamiento, si dicho establecimiento actúa como un nexo para la prestación de los servicios en virtud de los cuales es posible sostener el funcionamiento del buscador⁹⁶. En consecuencia, el abogado general propuso al TJUE que frente al primer cuestionamiento se interpretara el artículo 4, ordinal 1, literal a) de la Directiva, en el sentido de que se presenta un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento cuando la empresa que provee los servicios del buscador establece en un Estado de la Unión Europea una filial con el propósito de promover y vender espacios publicitarios en el mismo buscador⁹⁷. A partir de dicha conclusión, la Directiva se aplicaría plenamente al caso.

El TJUE por su parte, encontró demostrado que Google Inc. es la empresa matriz del grupo Google, que ésta cuenta con domicilio en los Estados Unidos de América, y que es la que gestiona técnica y administrativamente el buscador: Google Search. Que el lugar de ubicación de la información que almacena Google Search es desconocido, pues está amparado por la prerrogativa del secreto empresarial. Que además de prestar servicios de búsqueda, Google Search es un espacio de publicidad dirigida, pues muestra anuncios publicitarios asociados a los patrones de búsqueda que introducen los internautas. Que dicha publicidad se brinda a partir de contratos onerosos con empresas que utilizan a los

⁹⁴ Jääskinen. *Op.cit.*, Apartado 49.

⁹⁵ *Ibidem*, Apartado 64.

⁹⁶ *Ibidem*, Apartado 67.

⁹⁷ *Ibidem*, Apartado 68.

buscadores para ofrecer sus bienes o servicios a los usuarios del buscador. Que Google Inc. tiene una empresa filial en España, Google Spain; que ésta opera como promotora de ventas de los espacios publicitarios que se generan en el buscador, y es un establecimiento de Google Inc. en España, pues se trata de una instalación que de manera estable y permanente realiza actividades determinadas por la matriz, sin que sea determinante que se trate de una sucursal o una empresa filial. El TJUE no halló pruebas de que Google Spain llevara a cabo actividades relativas a la indexación o al almacenamiento de información o de datos contenidos en los sitios de Internet de terceros⁹⁸.

Partiendo de tales certezas, el TJUE llegó a la conclusión de que las actividades de promoción y venta de espacios publicitarios de los que Google Spain es responsable en España como filial de Google Inc., son esenciales en las actividades comerciales de ésta última y están inescindiblemente relacionadas con el buscador Google Search⁹⁹.

El TJUE realizó una interpretación finalista del artículo 4, ordinal 1, literal a) de la Directiva¹⁰⁰, a partir de la cual consideró que no se exige que el tratamiento de datos personales en torno al cual gira la controversia sea realizado por el propio establecimiento en cuestión, sino que se realice en el marco de sus actividades. En consecuencia de lo cual, y en concordancia con lo que señaló el abogado general, sostuvo que si una empresa que gestiona los servicios de un buscador en Internet y que tiene domicilio social por fuera de la Unión Europea, dispone de un establecimiento en un Estado miembro, cuyo objetivo es la promoción y venta en dicho Estado de los espacios publicitarios del buscador en virtud de los cuales es rentable el servicio que éste ofrece, el tratamiento de datos personales que tuviese lugar mientras se prestan los servicios del buscador, se realiza en el marco de las actividades de dicho establecimiento.

Así, el TJUE concluyó que en circunstancias como estas, las actividades del gestor del buscador en Internet y las de su establecimiento ubicado en un Estado miembro están vinculadas indisolublemente, pues las actividades relativas a los espacios publicitarios constituyen la forma en que la prestación del servicio del buscador es rentable y, es pues

⁹⁸ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartados 43, 46 y 48. Disponible en: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES#Footref*

⁹⁹ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartado 46.

¹⁰⁰ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartado 53.

el buscador, el escenario en el cual se realizan los anuncios publicitarios¹⁰¹. De modo pues que procedió a aplicar la Directiva al caso concreto.

(ii) La posición jurídica de los gestores o proveedores de servicios de búsqueda en Internet a la luz de la Directiva 95/46/CE.

El segundo grupo de interrogantes formulados por la Audiencia Nacional pretendía que se aclarase si los buscadores en el entorno de Internet realizan un tratamiento de datos personales al indexar información de sitios web fuente, y de ser así, si dichos buscadores son responsables por tal información, ya que de serlo, les correspondería garantizar los derechos de acceso, rectificación, bloqueo -cancelación-, supresión y oposición que consagra la Directiva con relación al titular de los datos, aunque tal información persista en la fuente originaria.

A diferencia de lo observado con respecto al primer cuestionamiento frente al cual existió concordancia entre las conclusiones del abogado general y la posición del TJUE, las respuestas que éstos ofrecieron al segundo cuestionamiento no fueron del todo coincidentes.

El abogado general señaló que es indiscutible la aplicabilidad de los conceptos de datos personales y tratamiento de datos personales en este caso, dada la amplitud con la que fueron definidos en la Directiva¹⁰² y porque los sitios web fuente contienen muchos tipos de información entre las cuales suelen incluirse nombres, imágenes, direcciones y otros elementos indicadores por medio de los cuales es posible identificar a una persona física¹⁰³. Según indicó, el tratamiento de datos personales por parte del buscador en Internet se produce en la medida que, a partir de un algoritmo de cierta complejidad, éste rastrea permanente y sistemáticamente sitios web en Internet efectuando una copia de cada sitio que visita. Estas copias son analizadas y organizadas con base en criterios

¹⁰¹ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartados 55, 56, 57 y 60.

¹⁰² Directiva 95/46/CE. Artículo 2. “Definiciones: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:
a) Datos Personales: Toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social; (...)
b) Tratamiento de Datos Personales (tratamiento): cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción; (...)”

¹⁰³ Jääskinen. *Op.cit.*, Apartados 71 y 72.

comunes, es decir, indexadas. A partir del análisis se determinan reactivos o palabras clave, que inmediatamente se registran en el índice del buscador junto a las direcciones URL. La copia que se efectúa del sitio web original se almacena en la base de datos del buscador y se actualiza constantemente de conformidad con los cambios que se presentan en el sitio web fuente, pues el gestor del buscador en Internet no cuenta con los medios para modificar de otro modo la información¹⁰⁴. Por lo que, atendiendo a las definiciones de la Directiva, no hay duda de que las operaciones realizadas por los buscadores en Internet configuran un tratamiento de datos personales a partir de los sitios web fuente, pues éstos, junto a un volumen inmenso de información aleatoria, son copiados, indexados, almacenados en la base de datos y mostrados en los resultados de las búsquedas en desarrollo de las funciones del buscador¹⁰⁵.

Teniendo certeza en cuanto a la existencia de un tratamiento de datos personales por parte de los buscadores en Internet, el abogado general analizó la posible existencia de una responsabilidad por parte de éstos con relación a dicho tratamiento. El punto de partida fue la Directiva. Ésta precisa que el responsable del tratamiento es la persona física o jurídica que individual o conjuntamente con otros determina los fines y medios del tratamiento de datos personales¹⁰⁶. El abogado general encontró inconveniente la mera interpretación literal y hasta la interpretación teleológica de la Directiva en este punto, pues consideró que cuando ésta fue redactada y promulgada, no se dimensionaba ni se tenía certeza de lo que podría llegar a ser Internet ni la relevancia de los proveedores de servicios de búsqueda que hay en ella, por ello, a su parecer, cualquier interpretación que se hiciese se la Directiva debía hacerse atendiendo a un principio de proporcionalidad¹⁰⁷.

Desde una perspectiva literal, es indiscutible que el gestor de un buscador en Internet establece las finalidades y los medios del tratamiento de datos en atención a sus propios objetivos, y en esa medida sería responsable; sin embargo, para el abogado general, es muy importante distinguir entre las situaciones de intermediación pasiva de los

¹⁰⁴ Sin embargo, no debe descartarse la posibilidad de que la copia de la que se dispone en la base de datos del buscador de Internet no coincida con la del sitio web fuente, ya que ello puede ocurrir si en ésta última se ha producido algún cambio que no ha sido percibido por el buscador o si ésta deja de existir.

¹⁰⁵ Jääskinen. *Op.cit.*, Apartados 73, 74, 75 y 86.

¹⁰⁶ Directiva 95/46/CE. Artículo 2. “Definiciones: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: (...) d) Responsable del Tratamiento: La persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario; (...)”

¹⁰⁷ Jääskinen. *Op.cit.*, Apartados 77, 78 y 79.

buscadores en Internet y aquellas circunstancias en las que los buscadores sí tienen un verdadero control sobre los datos personales que tratan. A su juicio, la aplicación del principio de proporcionalidad implica que si los gestores de buscadores en Internet actúan exclusivamente como intermediarios no deberían considerarse responsables, o al menos responsables principales, del tratamiento de datos personales que hayan realizado; pues el principal responsable sería quien publicó la información, es decir, el arquitecto del sitio web fuente¹⁰⁸.

El abogado general observó y enfatizó en que las operaciones que efectúan los buscadores se adelantan sin intervención humana. Se trata de una actividad técnica y automática, lo cual conlleva a que al ejecutar las funciones de rastreo, análisis e indexado, el buscador no detecte diferencias técnicas u operativas entre los sitios web fuente que contienen datos personales y los que no los incluyen¹⁰⁹. Este hecho resulta determinante, pues desde su punto de vista, el responsable del tratamiento es o debe ser consciente de la existencia de una categoría determinada de información que contiene datos personales para poder tratarlos atendiendo a ese carácter¹¹⁰, y eso se constata en el hecho de que al revisar los artículos 6, 7 y especialmente el artículo 8 de la Directiva¹¹¹, estas normas parten del supuesto de que el responsable del tratamiento es consciente de qué tipo de datos personales está tratando y por qué, y para que ello sea posible, cuando accede a información sobre una persona física identificada o identificable, lo debe hacer a partir de información semánticamente relevante y no mediante códigos informáticos¹¹². Con

¹⁰⁸ *Ibidem.*, Apartados 85 y 88.

¹⁰⁹ Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.167.

¹¹⁰ Jääskinen. *Op.cit.*, Apartado 82.

¹¹¹ Directiva 95/46/CE. Artículo 8. “Tratamiento de categorías especiales de datos: 1. Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad. (...) 3. El apartado 1 no se aplicará cuando el tratamiento de datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional sea en virtud de la legislación nacional, o de las normas establecidas por las autoridades nacionales competentes, o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. (...) 5. El tratamiento de datos relativos a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad, sólo podrá efectuarse bajo el control de la autoridad pública o si hay previstas garantías específicas en el Derecho nacional, sin perjuicio de las excepciones que podrá establecer el Estado miembro basándose en disposiciones nacionales que prevean garantías apropiadas y específicas. Sin embargo, sólo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de los poderes públicos. Los Estados miembros podrán establecer que el tratamiento de datos relativos a sanciones administrativas o procesos civiles se realicen asimismo bajo el control de los poderes públicos. (...) 7. Los Estados miembros determinarán las condiciones en las que un número nacional de identificación o cualquier otro medio de identificación de carácter general podrá ser objeto de tratamiento.”

¹¹² Jääskinen. *Op.cit.*, Apartado 83.

base en esta reflexión, el abogado general considera que el gestor de un buscador en Internet ofrece solamente una herramienta de localización de información sin tener control alguno sobre el contenido de los sitios web fuente ni sobre los datos personales que en éstos se encuentran y, de hecho, no es consciente de la existencia de dichos datos en tales sitios de una forma diferente al hecho estadístico de que probablemente en los sitios web fuente existen datos personales. Por ende, el abogado general sostiene que ni fáctica ni jurídicamente, el gestor de un buscador puede cumplir con las obligaciones establecidas en los artículos 6¹¹³, 7¹¹⁴ y especialmente, el artículo 8 de la Directiva, con respecto a los datos personales contenidos en sitios web fuente¹¹⁵.

En ese orden de ideas el abogado general concluyó que si bien el gestor de un buscador en Internet realiza un tratamiento de datos personales atendiendo a lo establecido en el artículo 2 literal b) de la Directiva, no se le debe considerar responsable, o al menos, responsable principal del tratamiento de tales datos personales, en el sentido del artículo 2 literal d) de la Directiva, a menos que irrespete protocolos de exclusión que se hubiesen fijado o que haya incumplido a una solicitud de actualización de la información almacenada en la base de datos.

¹¹³ Directiva 95/46/CE. Artículo 6. “1. Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: (a) tratados de manera leal y lícita; (b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas; (c) adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente; (d) exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificados; (e) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente. Los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas para los datos personales archivados por un período más largo del mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos. 2. Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1.”

¹¹⁴ Directiva 95/46/CE. Artículo 7. “Artículo 7. Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si: (a) el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca, o (b) es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado, o (c) es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, o (d) es necesario para proteger el interés vital del interesado, o (e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos, o (f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva.”

¹¹⁵ Jääskinen. *Op.cit.*, Apartados 84, 86 y 89.

En ese orden de ideas, responsabilizar única o principalmente a los gestores de los buscadores en Internet por el tratamiento de datos personales, equivaldría a responsabilizar al administrador de una biblioteca por la información que consta en los libros que en ella se facilitan o, como ejemplifica Martínez Caballero, responsabilizar al fabricante de un arma del crimen que con ella se haya podido cometer¹¹⁶.

Ahora bien, a la vista del abogado general, en el sentido de la Directiva, los responsables principales por el tratamiento de datos personales en Internet son los arquitectos de los sitios web fuente, y en esa medida están sometidos a las obligaciones que dicha normativa impone¹¹⁷. Para esto explicó que los sitios web fuente se almacenan en servidores de alojamiento conectados a Internet y que sus arquitectos pueden implementar códigos de exclusión.

Los protocolos de la exclusión de robots, comúnmente llamados códigos de exclusión, son una herramienta para evitar que los programas informáticos a los que antes se hizo referencia y que se suelen denominar *robots* o *spiders*, que rastrean y analizan sitios web en Internet, agreguen información no deseada o innecesaria a los resultados de búsquedas que se efectúan en el marco del proceso operativo de un buscador. Básicamente, al fijar un protocolo de exclusión, el arquitecto de un sitio web le recomienda al buscador que no indexe dicho sitio, o que no lo muestre en los resultados de una búsqueda. De modo que técnicamente el arquitecto de un sitio web tiene la posibilidad de incluir en sus sitios web estos códigos, para así restringir la indexación, copia del sitio y muestra del mismo en los resultados del buscador y, por tanto, garantizar en mayor medida la protección de datos personales¹¹⁸.

El abogado general precisó que, incluso prescindiendo de los protocolos aludidos, el arquitecto de un sitio web, en aras de atender a las disposiciones de la Directiva, podría retirar temporalmente el sitio web del servidor de alojamiento y volver a habilitarlo excluyendo de él los datos personales que generen controversia y, además, solicitar al gestor del buscador en Internet que actualice la copia que guarda en su índice sobre el sitio web. De modo que los arquitectos de los sitios web fuente, dada su responsabilidad, disponen de medios para atender a las obligaciones que la Directiva les impone¹¹⁹. No

¹¹⁶ Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.167.

¹¹⁷ Jääskinen. *Op.cit.*, Apartado 40.

¹¹⁸ *Ibidem*, Apartados 41 y 42.

¹¹⁹ *Ibidem*, Apartados 42 y 43.

obstante, también reconoce que es indiscutible la posibilidad de que los datos personales que generan conflicto se publiquen en innumerables sitios web y en tal situación, rastrear y contactar a cada uno de los arquitectos relevantes sería una labor casi imposible. Además, también se debe tener en cuenta que los arquitectos podrían residir en Estados que no estén sometidos al derecho de la Unión Europea y en esa medida no se les podría exigir el cumplimiento de las normas de la Directiva en cuanto al tratamiento¹²⁰.

Ahora bien, pese a las conclusiones del abogado general, el TJUE sentó una posición notablemente diferente. Al igual que el abogado general, el TJUE encontró que existe un tratamiento de datos personales por parte del gestor de un buscador en Internet, como lo es Google Inc. a través del Google Search; sin embargo, para el TJUE, el gestor sí es responsable del tratamiento de datos personales.

En cuanto a la existencia de un tratamiento de datos personales, para el TJUE es claro que, al funcionar, un buscador explora Internet de forma automatizada, constante y sistemática para hallar información que ha sido publicada allí, por lo que puede sostenerse que se presenta una recolección de datos, dentro de los cuales hay datos personales, que se extraen, registran y organizan a partir de una función de indexación, y que son conservados en la base de datos del buscador, que, cuando le sea requerido, facilitará el acceso de los internautas a tales datos, y todas estas acciones, estos verbos rectores, configuran lo que la Directiva califica como tratamiento de datos en su artículo 2, literal b)¹²¹.

Con respecto a si el gestor del buscador en Internet debe o no considerarse responsable del tratamiento de los datos personales efectuado por el buscador que gestiona, el TJUE estima que sí, ya que es el gestor quien determina los fines y medios de la búsqueda, a la vez que percibe como contrario al tenor literal y al objetivo de la Directiva que se excluya de responsabilidad a quien provee los servicios de buscador en Internet por el hecho de que no distinga los datos personales entre toda la información que capta o al no ejercer control alguno sobre los datos personales publicados en los sitios web fuente¹²². Lo anterior obedece a que, para el TJUE, el tratamiento de datos personales que lleva a cabo el gestor de un buscador es adicional al del arquitecto de un sitio web fuente, pues

¹²⁰ *Ibidem*, Apartado 44.

¹²¹ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartado 28; Pazos Castro. *Op.cit.*, P.31

¹²² Pazos Castro. *Op.cit.*, P.32.

conlleve la organización y acumulación de información y datos personales en listas, lo cual facilita a los internautas acceder a tales datos y, por ende, a la potencial elaboración de perfiles detallados a partir de los mismos, lo que a su juicio, constituye una injerencia mayor en la vida privada de las personas que las publicaciones originales de los sitios web fuente, y una afectación más significativa a los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y protección de datos personales¹²³.

Partiendo del hecho de que el gestor de un buscador en Internet es responsable por el tratamiento de datos personales que se llegase a realizar, debido a que es el determinador de los fines y medios del buscador, el TJUE considera que a éste le correspondería aplicar, en atención a los artículos 12, literal b)¹²⁴ y 14, literal a)¹²⁵ de la Directiva, los derechos de rectificación, cancelación, bloqueo u oposición, según corresponda, en la lista de resultados que se obtenga a partir de una búsqueda realizada utilizando el nombre de una persona como palabra clave, y en ese sentido, impedir que se muestren los vínculos a los sitios web fuente diseñados por terceros que contienen información relativa a esta persona, aunque tal información no haya sido borrada previa o simultáneamente en los sitios web y tenga carácter lícito¹²⁶. De hecho, dada la facilidad con la que la información que se publica en un sitio de Internet puede ser copiada en otros, la dificultad de hallar al responsable de la publicación original y la posibilidad de que éste no esté sujeto al derecho de la Unión Europea, podría no darse una protección eficaz y completa a quien se viese afectado por un tratamiento indebido de datos personales si previa o

¹²³ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartados 32, 33, 34, 35, 37, 38, 40, 80 y 82; Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.170.

¹²⁴ Directiva 95/46/CE. Artículo 12. “Derecho de acceso. Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento: (...)

b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos; (...)”. El TJUE, indicó en el Apartado 70, que esta última aclaración, tiene carácter de ejemplo y no es taxativa, por ende, la falta de conformidad del tratamiento que puede ofrecer al interesado el derecho garantizado por el artículo 12, literal b), de la Directiva, también se podría derivar del incumplimiento de otros requisitos de legalidad impuestos por esta normativa al tratamiento de datos personales.

¹²⁵ Directiva 95/46/CE. Artículo 14. “Derecho de oposición del interesado. Los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a: (a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos; (...)”

¹²⁶ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartado 88.

paralelamente al requerimiento que se hace al gestor del buscador en Internet se exigiese la eliminación de la información a los arquitectos de los sitios web¹²⁷.

El TJUE adoptó esta posición en atención al objeto de la Directiva y a los principios de protección que en ella se establecen, pues en gran medida, estos se manifiestan en los derechos que se reconocen a las personas cuyos datos son objeto de tratamiento, a ser informadas sobre dicho tratamiento, a poder acceder a los datos, a poder solicitar la rectificación de los mismos, e incluso, a oponerse y cancelar el tratamiento en ciertos casos, y considerando que las disposiciones de la Directiva, dada la materia que regulan, deben interpretarse a la luz de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹²⁸.

Así, el TJUE concluyó que el responsable está obligado a adoptar las medidas que correspondan para que los datos que no atiendan a los requisitos de los artículos 6 y 7 de la Directiva, sean eliminados o rectificados¹²⁹, y que en virtud de lo establecido en los artículos 12, literal b) y 14, literal a) de la Directiva, quien resulte afectado por el tratamiento indebido de sus datos personales, puede solicitar al responsable del tratamiento que cese el tratamiento de los datos controvertidos, siendo también posible que, si el responsable no accede a la solicitud del afectado, se acuda a la autoridad de protección de datos o a los jueces¹³⁰. Ahora bien, se dispone de esta facultad cuando el vínculo o URL se obtiene a partir de una búsqueda empleando el nombre de una persona¹³¹.

(iii) El ejercicio de un derecho al olvido *online* y el concepto del Grupo del Artículo 29

En línea con lo señalado anteriormente, con relación a si los artículos 12, literal b) y 14, literal a) de la Directiva permiten que una persona pueda solicitar al proveedor de los servicios de un buscador en Internet que retire de la lista de resultados hallados a partir de una búsqueda en la que se utilizó su nombre, los vínculos a sitios web gestionados y publicados lícitamente por terceros que contienen datos personales relativos a ella, con

¹²⁷ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartado 84.

¹²⁸ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartados 66, 67 y 68.

¹²⁹ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartado 72.

¹³⁰ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartado 77 y 78; Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.169.

¹³¹ Pazos Castro. *Op.cit.*, P.34.

base en el hecho de que estos datos le son perjudiciales o que ha transcurrido un tiempo considerable desde su acaecimiento y deben ser olvidados, el TJUE considera que sí es viable, ya que a su juicio, los derechos que confieren los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹³², en principio, prevalecen no sólo sobre los intereses económicos del proveedor de servicios de buscador en Internet, sino también sobre el interés de los internautas en hallar información sobre una persona a partir de búsquedas con su nombre como palabra clave¹³³.

En efecto, con respecto al artículo 12, literal b) de la Directiva, el TJUE aclaró que un tratamiento de datos será incompatible con dicha normativa, no sólo cuando hay inexactitud en los datos tratados, sino también cuando éstos sean inadecuados, o ya no sean pertinentes, o resulten excesivos con relación a los fines del tratamiento, o se encuentren desactualizados, o se conserven más tiempo del necesario, a menos que esta conservación se hubiese impuesto para fines históricos, estadísticos o científicos; de modo que un tratamiento de datos que inicialmente haya sido lícito, con el tiempo, podría tornarse incompatible con la Directiva. Esto para luego señalar que si en una solicitud que una persona hace con base en dicha norma, se observa la inclusión en la lista de resultados que se obtiene a partir de una búsqueda efectuada con base en su nombre, de vínculos a sitios web que han sido publicados por terceros de forma lícita y que contienen datos personales relativos a ella cuyo tratamiento es actualmente incompatible con la Directiva, la información y los vínculos de la lista en cuestión deben ser eliminados¹³⁴.

En consecuencia, para el caso concreto, dado el hallazgo de vínculos a dos sitios web de archivos en línea de un periódico que contenían anuncios en los que se mencionaba el nombre del señor Mario Costeja González y que versaban sobre una subasta inmobiliaria vinculada a un embargo por deudas a la seguridad social, obtenidos al buscar por medio de Google Search utilizando ese nombre como criterio de búsqueda, el TJUE concluyó

¹³² Diario Oficial N°C303 de 14/12/2007. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 7: “Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.” Artículo 8: “Protección de datos de carácter personal. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.”

¹³³ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartado 97 y 99; Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.170.

¹³⁴ Cfr. TJUE. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12. Apartados 92, 93 y 94; Pazos Castro. *Op.cit.*, P.34 y 35.

que, atendiendo al carácter sensible de la información contenida en dichos anuncios para la vida privada del señor Costeja y al hecho de que la publicación inicial de los anuncios fue hace 16 años, se justificaba que dicha información dejara de vincularse a nombre del señor Costeja mediante la lista de resultados del buscador, y que al no existir razón alguna que justificara un interés preponderante del público en acceder a la información referida en el marco de la búsqueda, el interesado podía, en virtud de los artículos 12, literal b) y 14, literal a) de la Directiva, exigir que se retiraran estos vínculos de la lista de resultados.

De esta determinación del TJUE podría cuestionarse que a partir de ella se posesiona a quienes gestionan los servicios de un buscador en Internet como una especie de jueces o autoridades administrativas, ya que al momento de atender la solicitud de una persona, es decir, de decidir si se accederá o no a la petición de eliminar un vínculo de la lista de resultados que arroja el buscador, les corresponderá hallar un equilibrio entre los derechos en tensión y para ello deberían hacer una ponderación en la que se tenga en cuenta las circunstancias del caso concreto, la naturaleza de la información sobre la cual versa la solicitud, lo sensible que ésta pueda resultar para la vida privada del solicitante y el interés del público en que se disponga tal información -que podría variar en atención al rol que la persona desempeña en la vida pública-. Esto podría resultar complejo en la medida en que el gestor del buscador no cuenta con criterios definidos de ponderación y porque el TJUE no indica que sea necesario demostrar que se ha producido algún daño, sino que es suficiente la consideración del interesado de que un determinado vínculo a información personal excesiva u obsoleta lo podría perjudicar¹³⁵.

Según se aprecia en el informe de transparencia que Google Inc. actualiza periódicamente, en el rubro concerniente a solicitudes de privacidad en Europa relativas a la retirada de resultados de búsqueda, desde el 29 de mayo de 2014 -que es la fecha desde la cual se atienden las solicitudes- Google Inc. ha tenido conocimiento de 694.672 solicitudes y ha evaluado la eliminación de un total de 1.921.715 URL o vínculos mostrados en la lista de resultados de las búsquedas de Google Search, de las cuales el 56,8% (923.023) no fue eliminada y el 43.2% (702.238) si lo fue¹³⁶. Si bien las cifras no muestran que se esté presentando un sobrecumplimiento de la normativa, este riesgo

¹³⁵ Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.170 y 171.

¹³⁶ Las cifras aportadas fueron tomadas del sitio web en el que Google Inc. hace públicos sus informes de transparencia, es decir: <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=es> (Fecha de consulta: 24/02/2017). Para conocer la política de Google Inc. frente al derecho al olvido se podría consultar el sitio web: <https://drive.google.com/file/d/0B1UgZshetMd4cEI3SjlvV0hNbDA/view>

existe, y es comprensible que exista en la medida en que, al no contar con criterios claros para ponderar, ante la duda, el gestor del buscador en Internet podría optar por acceder a la solicitud para evitar una posterior controversia con la autoridad de protección de datos¹³⁷.

Por supuesto, la posición del TJUE contrasta con lo concluido por el abogado general, pues en su concepto señaló que la Directiva no establece un derecho general al olvido en virtud del cual una persona estuviese facultada para restringir o finalizar la difusión de sus datos personales cuando esta situación le pareciese perjudicial o contraria a sus intereses, y precisó que el criterio que se debe aplicar cuando se tratan datos sin el consentimiento de su titular, es ponderar los intereses del responsable del tratamiento de los datos, o de los terceros en cuyo interés se tratan los datos, con los del interesado, y no las preferencias subjetivas que éste tenga, pues tales preferencias no constituyen una razón legítima¹³⁸. Adicionalmente manifestó que la existencia de un derecho al olvido frente a los gestores de buscadores en Internet implicaría que éstos abandonaran su rol de intermediarios entre los internautas y quienes publican información en sitios web, asumieran la responsabilidad por el contenido de dichos sitios y, cuando la situación lo amerite, los censuren, para así evitar o limitar el acceso a los mismos¹³⁹.

Señaló también que los artículos 12, literal b) y 14, literal a) de la Directiva, consagran únicamente los derechos de acceso, rectificación, supresión, bloqueo de datos, y oposición al tratamiento, para aquellos casos en los que el tratamiento de los datos personales no cumple con lo dispuesto en la Directiva, y cuando razones legítimas propias de la situación particular del interesado lo ameriten, exceptuando las situaciones en las que el tratamiento es necesario en relación con un interés público¹⁴⁰. De modo que para él, no puede fundarse un derecho al olvido con base o como extensión de dichos artículos¹⁴¹.

El abogado general considera que su interpretación de la Directiva es compatible con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -en adelante, la Carta-. Para ello, analizó los artículos 7 y 8 de la Carta en concurrencia con el artículo 11 del mismo

¹³⁷ Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.171.

¹³⁸ Jääskinen. *Op.cit.*, Apartado 108.

¹³⁹ *Ibidem*, Apartado 109; Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.173 y 174.

¹⁴⁰ *Ibidem*, Apartado 104.

¹⁴¹ *Ibidem*, Apartado 137.

texto¹⁴², sin desconocer lo también dispuesto en el artículo 52, apartados 1 y 3, a partir de los cuales, no hay derechos absolutos y puede haber limitaciones a éstos siempre y cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. A partir de su revisión, sostiene que los derechos consagrados en la Carta que se corresponden con los garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 04 de noviembre de 1950 -en adelante CEDH-, tienen el mismo alcance y sentido que se les otorga en dicho convenio¹⁴³; así encontró que los artículos 7, 8 y 11 de la Carta se corresponden respectivamente con los artículos 8 y 10 del CEDH.

Pues bien, el abogado general sostiene que el artículo 11 de la Carta protege el derecho de los usuarios de Internet a buscar o recibir la información que en ella está disponible, y cuando dice información, no sólo se refiere a la contenida en los sitios web fuente, sino también la información que puede proporcionar un buscador en Internet¹⁴⁴. Señala que el mismo artículo 11 también protege a los arquitectos de los sitios web, ya que el poner contenidos a disposición de los internautas, es una manifestación de su libertad de expresión, más aún, cuando el arquitecto vincula su sitio a otros o no ha impedido su indexación o archivo a los buscadores que operan en Internet, dando a entender de ese modo que su intención es que el contenido de su sitio sea ampliamente difundido¹⁴⁵. Además, recuerda y precisa que los proveedores de servicios de buscadores en Internet de carácter comercial, brindan servicios de localización de información en el marco de una actividad empresarial cuyo propósito es obtener beneficios con base en anuncios publicitarios a partir de palabras clave; de modo que se trata empresas, cuya libertad ha sido reconocida en el artículo 16 de la Carta y que ejercen legalmente tanto este derecho como su libertad de expresión al poner a disposición de los internautas herramientas de localización de información en Internet basadas en un buscador¹⁴⁶.

¹⁴² Diario Oficial N°. C. 303, de 14/12/2007. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 11: “Libertad de expresión y de información. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. (...)”

¹⁴³ Jääskinen. *Op.cit.*, Apartado 114.

¹⁴⁴ *Ibidem*, Apartado 121.

¹⁴⁵ *Ibidem*, Apartado 122.

¹⁴⁶ *Ibidem*, Apartados 124 y 132.

A partir de lo anterior, el abogado general considera que debe buscarse un equilibrio entre el derecho de una persona a la protección de su vida privada y los derechos fundamentales referidos, concretamente, con los derechos a la libertad de expresión y la libertad de información, que es indiscutible que en la actualidad una de las formas más comunes y relevantes de ejercer el derecho fundamental a informarse es acudiendo a los buscadores en Internet, y que dicho derecho incluye la posibilidad de buscar información relacionada con otras personas, como la que está disponible en fuentes públicas en Internet, pese a que, en principio, tal información pueda estar protegida por el derecho a la vida privada. En efecto, estima que el derecho a la información de un internauta se vería afectado si al realizar la búsqueda de información con respecto a una persona física, la búsqueda no ofreciese resultados que brinden un reflejo veraz de los sitios web relevantes, sino una versión purgada de los mismos¹⁴⁷. Por lo cual, estima inconveniente que el TJUE equilibre los intereses en conflicto dejando la decisión en cabeza del gestor de un buscador en Internet sobre una base casuística, pues a su modo de ver, eso generaría una interferencia en la libertad de expresión del arquitecto de un sitio web, que no gozaría de una protección legal adecuada dado el caso, ya que cualquier solicitud de eliminación o retiro de datos personales se trataría de una cuestión privada entre el solicitante y el gestor del buscador en Internet, y equivaldría a una especie de censura del contenido publicado en un sitio web por parte de un tercero¹⁴⁸.

Ahora bien, corresponde señalar que la Directiva dispone en su artículo 29 la creación de un grupo de protección para las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Este grupo tiene un carácter consultivo e independiente, está integrado por los representantes de las autoridades nacionales de protección de datos de los Estados de la Unión Europea, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea, y dentro de sus funciones se encuentra la elaboración de dictámenes, recomendaciones y otros documentos¹⁴⁹; se le reconoce como el Grupo del Artículo 29.

Pues bien, en informe de 26 de noviembre de 2014, este Grupo señaló algunas de las implicaciones que tiene el derecho al olvido *online* a partir del diseño que ideó el TJUE. Así, precisa que en el ejercicio de este derecho, quien gestiona el buscador no ejerce un control previo de los resultados de las búsquedas que el mismo lleva a cabo, sino que

¹⁴⁷ *Ibidem*, Apartados 128, 130 y 131.

¹⁴⁸ *Ibidem*, Apartado 134.

¹⁴⁹ Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.150.

solamente atiende a las solicitudes expresas de los usuarios. Tal solicitud podría presentarse, bien sea frente al gestor de un solo buscador, o a una pluralidad de gestores; en ese sentido, se trata de un derecho rogado. Indica que el derecho al olvido *online* se ejerce únicamente frente a los gestores de buscadores generales en Internet más no frente a los buscadores internos con los que puedan contar los sitios web, y que en su ejercicio no se elimina información alguna del sitio web fuente en la que es hallada; de hecho, el gestor del buscador ni siquiera está obligado a contactar al arquitecto del sitio web fuente, queda a su discreción si lo hace o no. También aclara que el vínculo obtenido después de una búsqueda sólo podrá ser retirado si dicha búsqueda se llevó a cabo utilizando el nombre de una persona como palabra clave o reactivo y que pese a ello el vínculo podría obtenerse si se realiza una búsqueda con palabras distintas y, en todo caso, si la información contenida en el sitio web fuente fuese de interés público, el vínculo no se eliminaría. Además, señala que el buscador no puede dar a conocer de modo alguno que una persona ha ejercido su derecho al olvido¹⁵⁰.

Podría considerarse entonces que el derecho al olvido *online* equivaldría a un derecho de *de-listing*, es decir, el derecho a que un sitio web fuente en particular no sea exhibido en la lista de resultados que arroja un buscador cuando la búsqueda se realiza a partir del nombre de una persona, de modo que, contrario a lo que podía pensarse en principio, su ejercicio no implicaría la desindexación de un sitio web fuente sino la sola omisión del hallazgo de tal sitio al usuario. Pazos Castro lo expresa en los siguientes términos:

“Así pues, el ‘derecho al olvido’ reconocido en la sentencia comentada consiste en el derecho a que una determinada página fuente que se refiere al interesado no aparezca en una lista. De hecho, el grupo del Artículo 29 (...) se refiere al derecho al olvido como un derecho de *de-listing* en su informe de 26 de noviembre de 2014 al respecto de la sentencia *Google Spain y Google* (...) Eso significa que el ‘derecho al olvido’, tal y como lo reconoce el Tribunal de Justicia, se proyecta en realidad sobre el último paso del proceso de búsqueda en Internet, ya que ni siquiera impide que el buscador detecte que en su índice hay una página web idónea según la búsqueda

¹⁵⁰ Grupo del Artículo 29. Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on ‘Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González’ C-131/12 (WP 225). Resumen, Punto 4. Parte I, Puntos 7, 9, 12, 18 y 20 a 23. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf (Fecha de consulta: 26/02/2017).

efectuado, sino simplemente que informe al internauta de la existencia de esa página web”¹⁵¹.

2.3.3. La decisión del TJUE y de la Audiencia Nacional: El reconocimiento al derecho al olvido.

A partir de las conclusiones anteriormente expuestas, en Sentencia de 13 de mayo de 2014, el TJUE resolvió la cuestión prejudicial que le había sido encargada, y con base dicha providencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de España, en Sentencia de 29 de diciembre de 2014, resolvió la controversia. La Audiencia Nacional se pronunció desestimando los recursos interpuestos por Google Inc. y Google Spain contra la Resolución proferida por la AEPD, en la que se había limitado la difusión de los datos personales del señor Costeja en Google Search, al entender que se mostraba información que pese a ser lícita y veraz, ya resultaba obsoleta, no era de interés público y repercutía en una afectación a sus derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales. Como señala Mate Satué, la Sentencia de la Audiencia Nacional se erige como el primer reconocimiento que se hace de forma expresa al derecho al olvido con relación a buscadores en Internet¹⁵².

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de diciembre de 2014 fue recurrida por la representación procesal de Google Spain, por lo que se produjo un pronunciamiento del Tribunal Supremo de España el 14 de marzo de 2016. Esta sentencia se enfoca en la eventual corresponsabilidad que podría existir por parte de Google Spain en el tratamiento de datos personales que realiza Google Inc., y concluye rechazándola al sostener lo ya acogido por el TJUE en cuanto a que la Directiva no exige que un tratamiento de datos personales que se cuestiona sea llevado por el establecimiento en cuestión, sino que se

¹⁵¹ Pazos Castro. *Op.cit.*, P.36.

¹⁵² Mate Satué, Loreto Carmen. “¿Qué es realmente el derecho al olvido?”. *Revista de Derecho Civil*, Vol.III, Núm.2 (2016): P.211. Esta autora realiza una acotación que no se debe pasar por alto, pues precisa que “Si bien la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea daba una clara prevalencia al derecho a la protección de datos y a la vida privada de los internautas sobre el derecho de acceso del público a la información registrada en la red. La Audiencia Nacional, siguiendo la línea jurisprudencial de nuestro país [España], no otorgando prevalencia a un derecho sobre otro; bajo la máxima de que ‘ningún derecho es absoluto’ señala que, ‘la prevalencia del derecho de oposición al tratamiento de datos personales por su titular, sobre el interés legítimo del gestor del motor de búsqueda en la actividad que desarrolla, no es absoluta ni ajena a la situación personal concreta del reclamante [...]. Al igual que la protección del derecho fundamental al respeto de la vida privada, del que la protección de datos personales constituye una manifestación autónoma, las injerencias, o límites, en este derecho pueden venir justificados cuando, previstas por la ley, constituyan una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la salvaguarda de otros intereses [...]”.

realice en el marco de sus actividades. El efecto práctico de este pronunciamiento es que la solicitud de retiro de los vínculos mostrados en la lista de resultados de una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona en un buscador en Internet deberá hacerse a Google Inc. y no a Google Spain¹⁵³.

2.4. El derecho al olvido *online* o una invisibilización de la información.

A partir de lo manifestado por el TJUE y teniendo en cuenta las pautas del Grupo del Artículo 29, cabría preguntarse si no es infortunado denominar a este derecho como ha sido llamado, considerando que, en principio, al momento de ejercerlo se producen varios sucesos, pero no un olvido de la información que se pretende que se olvide.

Así, si el gestor de un buscador en Internet impide que uno de los vínculos a sitios web fuente que halló en su búsqueda pueda ser visto por los internautas al atender la solicitud de una persona, esto no implicará en absoluto que la información presente en dicho sitio web desaparezca de la memoria de Internet, ni que el vínculo sea eliminado de la memoria del buscador; en efecto, la información sigue estando en la red y se podría acceder a ella utilizando otros reactivos, otros buscadores, o utilizando directamente la URL del sitio web¹⁵⁴. El buscador no la ‘olvidará’ porque el ejercicio del derecho al olvido que diseñó el TJUE no implica que se deba producir una desindexación del sitio web fuente. El derecho al olvido *online* del TJUE se encamina concretamente a que se impida la exhibición de un vínculo a un sitio web fuente en los resultados que arroja la búsqueda en un buscador en Internet. A partir de este ocultamiento de la información no podría predicarse un olvido de esa información en Internet, pero sí podría coadyuvar, al dificultar el acceso de los internautas a la información, a que éstos en un mediano o largo plazo, posiblemente la olviden.

En línea con lo anterior, López García sostiene que el derecho al olvido *online* realmente tiene como objetivo oscurecer o invisibilizar la información, ya que ante la inmensa cantidad de información que puede encontrarse en Internet, el hecho de que un buscador opere de forma limitada y no enseñe todos los hallazgos que logra, haría más compleja la posibilidad de obtener la información que se está buscando. Así, el efecto práctico del

¹⁵³ *Ibidem*, P.212 y 213.

¹⁵⁴ Piñar Mañas, José Luis. “‘Caso Google’: ¿Una mejor privacidad?”. El País, 15 de mayo de 2014. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/05/14/opinion/1400086304_243572.html (Fecha de consulta: 28/02/2017).

derecho al olvido *online* es que al ejercerse se hace invisible alguna información para los internautas cuando utilizan un buscador¹⁵⁵. De modo pues que para que se produzca el olvido que se pretende de una información no es necesario que esta sea eliminada, sino que basta con que no pueda ser hallada. Si se aplica este razonamiento a la situación del señor Costeja, si previamente se hubiese limitado al buscador en Internet, los internautas habrían tenido que visitar el sitio web del diario La Vanguardia, y una vez allí, habrían tenido que indagar para hallar la versión digital de las fechas exactas en las que se publicaron los anuncios para informarse de los mismo; sin embargo, como se disponía de Google Search a plena capacidad, bastaba con digitar un par de palabras clave -el nombre de la persona- para acceder a esa información, esto porque la implementación de buscadores reduce en gran medida la complejidad de hallar información en la red, y por ende, mucha información en Internet podría mantenerse oculta si se limitase la capacidad de los buscadores, puntualmente, si se les impidiese exhibir todos los hallazgos que obtienen a partir de sus búsquedas.

2.5. El Reglamento No. 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Si algo dejó en evidencia el caso que enfrentó a Google Inc. y Google Spain contra Mario Costeja y la AEPD, y la determinación que frente al mismo tomó el TJUE, fue el rezago de la normativa de la Unión Europea relativa a la protección de datos personales con respecto a las tecnologías de la información y la comunicación, y el ritmo con el que éstas han venido avanzando. Precisamente estos avances hacían necesario un marco normativo más estructurado y ajustado al estado de las tecnologías actuales para que pudiese garantizarse una efectiva protección de datos personales, al menos, en el espacio de la Unión Europea, pues si bien los fundamentos y finalidades de la Directiva 95/46/CE mantienen su validez, es comprensible que existiese una percepción de inseguridad jurídica por parte de la opinión pública, dados los riesgos que conllevan las actividades en Internet y la información que allí pueda encontrarse sobre las personas físicas. En consecuencia, el 27 de abril de 2016 se publicó el Reglamento No.2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos -en adelante el Reglamento-, por medio del cual se deroga la Directiva 95/46/CE.

¹⁵⁵ López García. *Op.cit.*, P.45.

66 | El derecho al olvido online a la luz de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red.
Alejandro Espinosa Anaya

El Reglamento ya está vigente, pero sólo será aplicable desde el 25 de mayo de 2018, y en él se parte de la consideración de que el derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, dado que debe atenderse con relación a su función en la sociedad y procurar un equilibrio con otros derechos fundamentales, en aras del principio de proporcionalidad¹⁵⁶.

Esta normativa consagra expresamente en su artículo 17 el derecho al olvido, ausente como tal en la Directiva, sin embargo, se lo asimila a un derecho de supresión de datos. En efecto, la norma dispone que un interesado tiene el derecho a que el responsable del tratamiento de datos personales que le conciernan suprima sin dilación sus datos personales cuando ya no sean necesarios para los fines para los cuales se recogieron, o si el interesado desiste del consentimiento con base en el cual se inició el tratamiento de los datos, o se oponga al tratamiento al considerar que éste no obedece a un propósito de interés público o a un interés legítimo del responsable o de terceros y no existe ningún motivo para que se continúen tratando, o cuando los datos se traten para efectos de mercadotecnia, o cuando se haya producido un tratamiento ilícito de los datos, o se consintió en el tratamiento de datos personales con ocasión de una oferta de servicios de la sociedad de la información siendo la persona menor de dieciséis años de edad¹⁵⁷.

La misma norma establece, y he aquí una novedad, que si el responsable del tratamiento de los datos personales los ha hecho públicos y una persona le solicita la supresión de los mismos, el responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas técnicas razonables para informar de dicha solicitud a los demás sitios web en los que se haya realizado publicidad de los datos, se hayan conservado copias o se muestren vínculos que conduzcan a los datos, para que se abstengan de copiar o replicar los datos y/o efectúen la supresión de cualquier enlace o vínculo a los mismos¹⁵⁸. Esta disposición del Reglamento pareciera ser más cercana a la propuesta del Abogado General que a la propuesta del TJUE, ya que una interpretación posible de la norma parecería indicar que el sujeto a quien corresponde atender a la solicitud de supresión de datos es a quien inicialmente los trató y no los corresponsables que almacenan copias o enlaces a ellos, como ocurre con los buscadores en Internet; tiene sentido que los responsables primarios

¹⁵⁶ Reglamento No.2016/679 de 27 de abril de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Considerando 4.

¹⁵⁷ Reglamento No.2016/679. Artículo 17, Numeral 1.

¹⁵⁸ Reglamento No.2016/679. Artículo 17, Numeral 2.

sean quienes soliciten a los responsables secundarios que cesen un tratamiento. No obstante, la norma no impide que se solicite a los buscadores, quienes también serían responsables de un tratamiento de los datos, que sean ellos quienes efectúen la supresión inicial de los datos que han venido tratando y que informen al resto de los responsables. De cualquier manera, corresponde aguardar y observar cómo operará esta norma en la práctica, pues el ejercicio de la misma podría ser complejo cuando el tratamiento de datos se realice por parte de arquitectos de sitios web que no estén dentro de la órbita de aplicación del Reglamento. Por situaciones como la descrita anteriormente, lo ideal sería extender, uniformizar y universalizar una normativa de protección de datos personales, y pasar de un reglamento comunitario a un tratado internacional de protección de la privacidad, aunque dicha situación sería muy difícil de concretar¹⁵⁹.

Aun cuando el Reglamento reconoce la posibilidad de una corresponsabilidad¹⁶⁰, podría considerarse que la temática de la responsabilidad habría merecido un desarrollo más extenso, pues hizo tránsito de la Directiva al Reglamento sin tener mayor modificación. De hecho, la noción de responsable del tratamiento, clave en la resolución de las controversias en torno al tratamiento de datos personales, se mantiene incólume¹⁶¹.

Las novedades en el Reglamento llegan de la mano de la corresponsabilidad, el establecimiento de las responsabilidades del responsable del tratamiento¹⁶², es decir, las

¹⁵⁹ Martínez Caballero. *Op.cit.*, P.154.

¹⁶⁰ Reglamento No.2016/679. Artículo 26. “Corresponsables del Tratamiento: 1. Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento. Los corresponsables determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento, en particular en cuanto al ejercicio de los derechos del interesado y a sus respectivas obligaciones de suministro de información a que se refieren los artículos 13 y 14, salvo, y en la medida en que, sus responsabilidades respectivas se rijan por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a ellos. Dicho acuerdo podrá designar un punto de contacto para los interesados. 2. El acuerdo indicado en el apartado 1 reflejará debidamente las funciones y relaciones respectivas de los corresponsables en relación con los interesados. Se pondrán a disposición del interesado los aspectos esenciales del acuerdo. 3. Independientemente de los términos del acuerdo a que se refiere el apartado 1, los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el presente Reglamento frente a, y en contra de, cada uno de los responsables.”

¹⁶¹ Reglamento No.2016/679. Artículo 4. “Definiciones: A efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) (7) ‘responsable del tratamiento’ o ‘responsable’: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros; (...)”

¹⁶² Reglamento No.2016/679. Artículo 24. “Responsabilidad del responsable del tratamiento: 1. Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando

medidas y pautas que el responsable debe tomar y aplicar mientras lleva a cabo un tratamiento de datos personales, y la protección que se brinda a los niños, niñas y adolescentes en cuanto al consentimiento que brindaron para que se trataran sus datos personales.

Ahora bien, en el referido artículo 17 se describen las limitaciones al derecho al olvido *online*, es decir, las circunstancias en las que no es aplicable; la norma indica que cuando se trata del ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, o cuando se está en cumplimiento de una obligación legal que exige el tratamiento de datos o por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, o cuando el tratamiento se realiza con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos¹⁶³. En estas situaciones, el responsable del tratamiento de datos no tendrá que abstenerse de seguir tratándolos; sin embargo, se trata de situaciones frente a las cuales no resulta simple llevar a cabo un ejercicio de ponderación. Esto podría resultar problemático considerando que los responsables del tratamiento de los datos, es decir, los arquitectos de los sitios web fuente o los gestores de los buscadores, serán quienes en un primer momento tendrán la potestad de ponderar y dicha ponderación efectuarse de forma imparcial por parte de una autoridad administrativa o judicial y no por parte de una persona privada.

sea necesario. 2. Cuando sean proporcionadas en relación con las actividades de tratamiento, entre las medidas mencionadas en el apartado 1 se incluirá la aplicación, por parte del responsable del tratamiento, de las oportunas políticas de protección de datos. 3. La adhesión a códigos de conducta aprobados a tenor del artículo 40 o a un mecanismo de certificación aprobado a tenor del artículo 42 podrán ser utilizados como elementos para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable del tratamiento.”

¹⁶³ Reglamento No.2016/679. Artículo 17, Numeral 3.

CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS DE MERA TRANSMISIÓN Y NEUTRALIDAD DE LA RED DE LA DECLARACIÓN CONJUNTA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERNET DE 2011

En el capítulo II de este trabajo se trajo a colación la forma como ha sido abordada la temática del derecho al olvido en Internet en el contexto europeo, puntualmente por la AEPD y el TJUE, que a raíz de la controversia suscitada ante la Audiencia Nacional Española entre Google Inc., Google Spain y Mario Costeja y la AEPD, se pronunció diseñando un derecho al olvido en el que a los gestores de los buscadores de Internet se les halló responsables del tratamiento de datos personales y en consecuencia les corresponde atender en primera instancia a las solicitudes encaminadas a la supresión de ciertos vínculos que aparecen como resultados de búsquedas realizadas y que permiten acceder a sitios web en los que están publicados datos personales relativos a alguien cuyo interés es que éstos no sean conocidos o que no se conozcan los hechos relacionados con los datos que lo identifican.

En el capítulo anterior también se dio cuenta de que la postura asumida por el TJUE admite cuestionamientos, y que hay posiciones, como la de abogado general que conoció el asunto previo al pronunciamiento del ente judicial, que se inclinan por otro tipo de solución. Que el Grupo del Artículo 29, en sus *Guidelines*, ha fijado pautas en torno a la aplicación del derecho al olvido *online* en el sentido en el que fue pensado por el TJUE, y que el Reglamento que ha promulgado el Parlamento y el Consejo de Europa, introduce una serie de novedades como lo son la corresponsabilidad en el tratamiento de datos personales y las responsabilidades de los responsables de tal tratamiento, y que es sensato esperar a que comience a aplicarse la normativa para observar si algunas de sus disposiciones son realmente viables e idóneas.

El tercer capítulo de este trabajo se encaminará a describir los principios de mera transmisión y neutralidad en la red de la Declaración Conjunta para la Libertad de Expresión e Internet de 2011, para lo cual será necesario ubicarse en el contexto americano de protección al derecho a la libertad de expresión e información, y las pautas que en dicho contexto se han fijado para garantizar dicho derecho en Internet. El estudio

de estos principios y la concepción del derecho a la libertad de expresión e información resulta clave en el desarrollo que en estas latitudes se ha dado al derecho al olvido *online*.

3.1. La libertad de expresión e información en Internet.

Uno de los soportes sobre los cuales se erige una sociedad democrática es el derecho a la libertad de pensamiento y expresión¹⁶⁴. La consagración y garantía de dicho derecho es imprescindible en el ordenamiento jurídico de los Estados que pretendan ser democráticos. Por ejemplo, la Constitución de España lo consagra en el Capítulo Segundo, Sección 1ª, artículo 20¹⁶⁵, el ordenamiento jurídico de Colombia lo consagra también en el artículo 20 de su Carta Política¹⁶⁶, e instrumentos internacionales como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención Americana sobre Derechos Humanos -en adelante CADH- también lo reconocen expresamente. En efecto, el artículo 13 de la CADH indica que dicho derecho implica “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento”.

A partir de lo anterior, no es descabellado asumir que el derecho a la libertad de expresión e información se aplica también a las comunicaciones, ideas e información a las que se accede y tienen difusión en Internet. De hecho, frente al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, Internet constituye una especie de altoparlante o amplificador, pues potencia el alcance de dicho derecho al permitir la comunicación a una escala que nunca

¹⁶⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No.151. Apartado 85; Cfr. Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No.195. Apartado 116.

¹⁶⁵ Boletín Oficial de Estado No.311 de 29 de diciembre de 1978. Constitución Española. Artículo 20: “1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. (...) 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”

¹⁶⁶ Gaceta Constitucional No.114 de 04 de julio de 1991. Constitución Política de Colombia. Artículo 20: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”

antes había sido posible, sin fronteras, de forma instantánea y a un costo relativamente bajo¹⁶⁷.

Es precisamente la arquitectura con base en la cual se diseñó y se ha desarrollado Internet la que ha hecho posible que en dicho medio se ofrezcan las ventajas que se ofrecen al momento de compartir e intercambiar información. Internet es un escenario abierto, descentralizado y neutral, y es de suma importancia que cualquier regulación que sobre ella se produzca se lleve a cabo sin alterar esas características, pues son sus características básicas originales, sus elementos esenciales y los que permiten que en dicho entorno el derecho a la libertad de expresión tenga la fuerza expansiva que tiene. De modo que el entorno de Internet se ajusta a ciertos principios que vienen a orientar la forma de proceder de los órganos legislativos y de los jueces, y el desarrollo de las políticas públicas y las actuaciones de los particulares¹⁶⁸.

Los principios referidos pueden observarse en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que fue redactada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en adelante la CIDH-, y que dicho órgano adoptó en octubre del año 2000, consciente de la relevancia de la libertad de expresión en la consolidación y el desarrollo de la democracia en el continente americano. Esta Declaración incorpora al sistema interamericano estándares internacionales para que se defienda de forma más efectiva el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, y resulta indispensable para la interpretación del Artículo 13 de la CADH¹⁶⁹.

Pues bien, el principio 2 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión señala que:

“Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la

¹⁶⁷ Cfr. Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. A/66/290. 10 de agosto de 2011. Apartado 10. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85 (Fecha de consulta: 08/03/2017).

¹⁶⁸ Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. CIDH/RELE/IBF.11/13. 31 de diciembre de 2013. Apartados 11, 12 y 14. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/internet/informe_fe_internet_2013.pdf (Fecha de consulta: 08/03/2017).

¹⁶⁹ Cfr. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Antecedentes e Interpretación de Principios. Apartados 1 y 3. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2> (Fecha de consulta: 08/03/2017).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

A su vez, a partir de dicho principio es posible extraer varios principios específicos que requieren atención especial para alcanzar el objetivo general. Uno de ellos es el principio de acceso universal, el cual implica que se garantice una conectividad ubicua, equitativa, realmente asequible y de buena calidad a Internet y a las demás tecnologías de información y comunicación. Otro principio es el pluralismo, en virtud del cual se debe asegurar que cualquier cambio o reglamentación que se plantee en el entorno de Internet no conlleve a que se reduzca la cantidad y la diversidad de personas que participan en el intercambio informativo, sino por el contrario, a incrementarlo, para lo cual corresponde conservar el carácter multidireccional de la red y proteger las plataformas que hacen posible la búsqueda y difusión de información¹⁷⁰. También se ubica un principio de no discriminación que en el entorno de Internet se concreta en la adopción de medidas para garantizar que todos los internautas puedan difundir contenidos y opiniones en igualdad de condiciones. Es en desarrollo de este último principio que tienen lugar las nociones de mera transmisión y neutralidad en la red que también se han constituido como principios del entorno de Internet¹⁷¹.

3.2. El principio de mera transmisión.

Que el derecho a la libertad de expresión pueda ejercerse en el entorno de Internet como se ejerce en la actualidad, se debe y depende en gran medida de una pluralidad de sujetos, usualmente de naturaleza privada, que cumplen el rol de intermediarios al brindar servicios como el acceso y la conexión a Internet, el alojamiento de información publicada por terceros y el acceso a ésta, la búsqueda y referencia de información en

¹⁷⁰ Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. CIDH/RELE/IBF.11/13. 31 de diciembre de 2013. Apartados 15, 16, 17, 18 y 19.

¹⁷¹ Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. CIDH/RELE/IBF.11/13. 31 de diciembre de 2013. Apartado 21.

Internet, la conexión entre internautas a través de redes sociales, y la transmisión, procesamiento y encaminamiento del tráfico en la red¹⁷².

Hay varios tipos de intermediarios. Hay proveedores de servicios de Internet, proveedores de alojamiento de sitios web, las redes sociales y, por supuesto, los buscadores. El rol de los intermediarios resulta crucial, pues sin ellos serían muy limitadas o nulas las alternativas para buscar y recibir información en Internet y al contar con ellos, dadas las ventajas que brindan, es posible potenciar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en ese entorno. Como los intermediarios cuentan con la capacidad técnica para controlar la información que circula en Internet, en ciertas circunstancias, mediante disposiciones estatales y supraestatales se les ha pretendido utilizar como agentes de control del acceso y uso de la red¹⁷³; esto obedece a que para los interesados en utilizar a los intermediarios como agentes de control, es mucho más complejo identificar y coaccionar a los usuarios con responsabilidad directa en la publicación de las expresiones que se pretenden restringir, que a los intermediarios de la red, dado que los primeros existen en un número ampliamente superior al de los intermediarios, muchas veces no son plenamente identificables y a veces no se les puede aplicar medidas restrictivas al hallarse en jurisdicciones distintas a aquellas en las que son aplicables las restricciones. Así, algunos ordenamientos jurídicos implementan esquemas en los que se responsabiliza a los intermediarios por la información publicada por los internautas¹⁷⁴.

El 01 de junio de 2011, el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP),

¹⁷² Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. Apartado 38. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85 (Fecha de consulta: 11/03/2017).

¹⁷³ Cfr. Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. Apartado 74.

¹⁷⁴ Cfr. Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. Apartado 39 y 40.

adoptaron la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet -en adelante, DCLEI-.

La DCLEI se adoptó, entre otras razones, al advertir que algunos gobiernos venían aplicando medidas que restringían la libertad de expresión en Internet, y al observar que en varias circunstancias se pretendía responsabilizar a los intermediarios de Internet, incluyendo entre ellos a los buscadores, por ciertos contenidos que podían resultar dañinos para algunas personas. En atención a dicha situación, en el numeral 2 de la DCLEI se consagró el principio de mera transmisión, según el cual:

“Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo.”

La incorporación de este principio implica que se excluya la posibilidad de que los intermediarios tengan algún tipo de responsabilidad por la información publicada por los internautas. Esta determinación se justifica al considerar que, en primer lugar, es conceptual y prácticamente imposible sin que se altere la arquitectura original de Internet, que los intermediarios revisen todos los contenidos que circulan por su conducto, o asumir que a ellos les corresponde prevenir los daños que eventualmente un usuario podría ocasionar a otro utilizando sus servicios, pues así Internet ya no sería un espacio neutral, sino que estaría supervisado por actores que dificultarían en gran medida el acceso y la difusión de información. Esto constituye un desincentivo a la existencia de los intermediarios, que -como ya se indicó- tienen un rol de gran importancia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet al permitir que este derecho se amplifique y que, sin embargo, al adjudicarles esa responsabilidad se les ubicaría ya no sólo como intermediarios sino como una especie de censores privados de información en la red¹⁷⁵.

Una segunda justificación es que los intermediarios no cuentan ni tendrían que contar con la capacidad operativa, técnica y jurídica para revisar todos los contenidos publicados por

¹⁷⁵ Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. CIDH/RELE/IBF.11/13. 31 de diciembre de 2013. Apartados 96 y 97.

los internautas y determinar cuáles de ellos podrían ocasionar un daño antijurídico; y dado el caso de que estuviesen capacitados para realizar esa función, es probable que, ante la incertidumbre sobre una eventual responsabilidad, restrinjan más información de la que deberían con la finalidad de evitar decisiones judiciales adversas¹⁷⁶.

De modo que las responsabilidades en el ejercicio al derecho a la libertad de expresión en Internet deberían recaer, en principio, sólo sobre los arquitectos de los sitios web fuente y excepcionalmente sobre los intermediarios cuando éstos hubiesen intervenido directa y específicamente en la producción de la información o se nieguen a acatar un requerimiento judicial o administrativo en el que se hubiese ordenado su restricción; la determinación judicial o administrativa garantizaría que la restricción se produciría sobre una base de autonomía e imparcialidad en la que se habría efectuado una ponderación de los derechos en tensión.

3.3. El principio de neutralidad en la red.

Además de consagrar el principio de mera transmisión, la DCLEI establece en su numeral 5 que la neutralidad de la red es un principio según el cual:

“a. El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación. (...)”

Según indica la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, lo que se pretende con preservar la neutralidad en Internet es que los usuarios no vean condicionada, direccionada, o restringida, a través de bloqueos, filtraciones o interferencias, su libertad para acceder, enviar, ofrecer o recibir cualquier contenido, aplicación o servicio legal en el entorno de Internet¹⁷⁷. En consecuencia de la aplicación de este principio los intermediarios en Internet, y por ende los buscadores, no estarían autorizados para filtrar o determinar qué información se podría divulgar y cual no. De hecho, *a priori*, los algoritmos a partir de los cuales se produce la indexación automática

¹⁷⁶ Cfr. Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. Apartado 42.

¹⁷⁷ Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. CIDH/RELE/IBF.11/13. 31 de diciembre de 2013. Apartado 25 y 30.

de sitios web por parte de un buscador para ponerlos a disposición de los internautas parecerían orientarse atendiendo dicho principio.

Ahora bien, corresponde precisar que el principio de neutralidad puede abordarse desde dos perspectivas, pues una es la neutralidad como principio de funcionamiento de la red y otra distinta es la neutralidad de las empresas que brindan servicios de búsqueda en Internet.

(i) El principio de neutralidad en el funcionamiento de Internet.

Podría considerarse que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH aborda el principio de neutralidad como parámetro del funcionamiento de Internet atendiendo a la amplitud con la que el principio está consagrado en la DCLEI, pues va más allá de la gestión neutral del tráfico de datos en la red que permita un acceso en condiciones de igualdad a tales datos por parte de los usuarios con la que se suele relacionar a la neutralidad, ya que amplía dicho principio al incorporar la noción de tratamiento de datos. Así, una interpretación posible de lo que implica el principio de neutralidad en la red a partir de lo dispuesto en la DCLEI sería que un tratamiento de datos no podría ser objeto de discriminación atendiendo al contenido de los datos.

Es indiscutible que para el normal funcionamiento de Internet este principio debe ser objeto de la menor restricción posible, aunque, como lo aclara la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, existen circunstancias en las que los bloqueos y filtraciones son necesarias para preservar la integridad y la seguridad de la red, para prevenir la transmisión de contenidos que los usuarios no desean compartir, y para gestionar la congestión de la red.

En efecto, más allá de su rol y su relevancia en las sociedades democráticas, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y en esa medida puede verse sujeto a restricciones que serán legítimas siempre y cuando cumplan con una serie de condiciones¹⁷⁸. Tratándose del derecho a la libertad de expresión en un entorno como lo

¹⁷⁸ Cfr. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C No.107. Apartado 120; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No.135. Apartado 79; Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de mayo de 2008. Serie C No.177. Apartado 54; Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No.193. Apartado 110; Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194. Apartado 106.

es Internet, considerando que Internet es un medio masivo de potencial nunca antes visto y con una arquitectura diseñada para incrementar el alcance de dicho derecho, si se ha de fijar una restricción, es imprescindible que se evalúe el impacto de la misma, no sólo desde la perspectiva del particular que pueda verse afectado con ella, sino desde la perspectiva del efecto que ésta generará en el funcionamiento de la red; ya que *a priori*, desde la primera, el impacto de la restricción parecería no abarcar más que al particular implicado pero en realidad podría generar un efecto negativo en el funcionamiento general de Internet y, en consecuencia, afectar el derecho a la libertad de expresión de todos los internautas. Por ende, al valorar la proporcionalidad de una medida restrictiva a la libertad de expresión en Internet, es imprescindible ponderar el impacto que ésta tendría en la capacidad de Internet para promover la libertad de expresión frente a los beneficios que produciría en cuanto a la protección de otros intereses¹⁷⁹.

En línea con lo anterior, los artículos 8, 13 y 25 de la CADH establecen los requisitos esenciales que se deben tener en cuenta para fijar una restricción al derecho a la libertad de expresión, a saber: en primer lugar, una restricción de la libertad de expresión será legítima, tanto en Internet o en cualquier otro escenario, sólo en caso de que la restricción esté consagrada en una ley en sentido formal y material, y que tal normativa sea clara. En segundo lugar, las restricciones deberán estar orientadas puntualmente a uno de los siguientes propósitos: asegurar el respeto a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas. En tercer lugar, previo a la imposición de la restricción, debe surtirse un juicio de necesidad y proporcionalidad en atención a la finalidad que persigue la limitación; el propósito de dicho juicio es determinar que la restricción sea adecuada y tenga una justificación suficiente, y en él corresponderá -como ya se indicó- tener en cuenta el impacto de la medida en el funcionamiento de Internet como una red descentralizada y abierta. En

¹⁷⁹ Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. CIDH/RELE/IBF.11/13. 31 de diciembre de 2013. Apartados 53 y 54 / Cfr. Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de febrero de 2001. Serie C No.73. Apartado 65; Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de febrero de 2001. Serie C No. 74. Apartado 147; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C No. 107. Apartado 109; Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Apartado 78; y Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de febrero de 2006 Serie C No. 141. Apartado 164.

cuarto y quinto lugar se hallan respectivamente el cumplimiento y respeto de las garantías judiciales y el debido proceso¹⁸⁰.

Así, podría considerarse que en virtud del principio de neutralidad en la red, la regla general es que no se restringirá la libertad de expresión de los usuarios en Internet para acceder, enviar, ofrecer o recibir cualquier información, mediante bloqueos, filtraciones o interferencias, a menos que la restricción sea legítima, busque proteger otros derechos o bienes jurídicos, sea necesaria y proporcional, y sea respetuosa de las garantías judiciales y el debido proceso.

La aplicación de este principio y la excepción que admite, daría lugar a la posibilidad de que en situaciones en las que se presente una vulneración al derecho a la intimidad, al honor y/o a la autodeterminación informativa pueda ser viable una restricción al ejercicio del derecho a la libertad de expresión. No obstante, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH sostiene que las medidas de bloqueo de contenidos no pueden utilizarse para controlar o limitar la difusión de información hasta tanto una autoridad competente brinde garantías de autonomía e imparcialidad, y que para determinar si se ha producido un perjuicio a una persona a raíz de información que ha circulado de alguna forma en el entorno de Internet, habrá que observar las circunstancias concretas del caso, descartando cualquier tipo de presunción relacionada con el medio en el que se ha difundido la información, y al determinar la solución que se implementará, se deberá tener en cuenta las facilidades que ofrece Internet frente a la problemática específica¹⁸¹.

(ii) La neutralidad de las empresas que ofrecen servicios de búsqueda en Internet.

En cuanto a la neutralidad de las empresas que ofrecen servicios de búsqueda en Internet, pese a que lo ideal sería éstas tuviesen una disposición neutral al momento prestar dicho servicio, en la práctica no es así, y esto obedece al modelo de negocio que desarrollan estas empresas, pues cuando se emplea un buscador para hallar información en Internet, el buscador no sólo tendrá en cuenta las palabras claves o reactivos y los aspectos concernientes a la configuración realizada por los distintos arquitectos en los distintos sitios web; también tendrá en cuenta información referente al internauta y al equipo desde

¹⁸⁰ Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. CIDH/RELE/IBF.11/13. 31 de diciembre de 2013. Apartados 55, 58, 59, 61, 65 y 66.

¹⁸¹ Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. CIDH/RELE/IBF.11/13. 31 de diciembre de 2013. Apartados 71 y 90.

el cual se realiza la búsqueda y los metadatos que puedan derivarse de esa información. Esto implica que los resultados arrojados a partir de las búsquedas por parte de los buscadores también tienen en cuenta los patrones de comportamiento de los usuarios en la red, la actividad de los equipos desde los cuales se llevan a cabo las búsquedas y a la ubicación de los aparatos, entre otras circunstancias. El algoritmo con base en el cual opera un buscador se vale de metadatos cuya relevancia en el funcionamiento de dicho algoritmo está definida por quien lo diseña. Así, a partir de la información que tienen a disposición sobre un usuario y/o equipo y la información derivada de esa información, es que los buscadores incorporan publicidad dirigida en las listas de resultados de las búsquedas que efectúan, esto a cambio de un precio que recibe de quienes desean utilizarlos para ofrecer bienes o servicios. Esa suerte de disposición de la información por parte de quienes gestionan los buscadores en Internet no resulta del todo neutra¹⁸².

Así, para autores como Güiza, Newman y Uprimny, la analogía que a veces se plantea entre la labor de los buscadores en Internet y un bibliotecario dado que ambos fungen como intermediarios al indicar dónde puede hallarse cierto tipo de información, no resulta del todo aplicable, pues los buscadores en Internet disponen de mayores posibilidades de individualizar las búsquedas de información que hacen los usuarios y, al atender a sus propósitos comerciales, la intermediación que efectúan no es del todo pasiva ni neutral¹⁸³.

3.4. El carácter de los principios contenidos en la Declaración Conjunta para la Libertad de Expresión e Internet.

Descritos y explicados los principios de mera transmisión y neutralidad en la red contenidos en la DCLEI, corresponde precisar que esta Declaración se trata de un instrumento de *soft law* o derecho blando, y conviene examinar las consecuencias de esta circunstancia.

La principal característica de un instrumento de *soft law*, es que no es vinculante, es decir, que a partir del mismo no se generan obligaciones internacionales propiamente dichas. De modo que, en sentido estricto, ningún Estado, ni ninguna autoridad administrativa o judicial tiene la obligación de acatar lo dispuesto en la DCLEI. No obstante, el hecho de

¹⁸² Güiza Gómez, Diana Isabel, Newman Pont, Vivian, y Uprimny Yepes, Rodrigo. “Concepto sobre el proceso de tutela T-4296509. Accionados: Casa Editorial El Tiempo S.A. y Google Colombia”. *Dejusticia* (2015): P.13.

¹⁸³ *Ídem*.

que una herramienta de *soft law* no sea una normativa vinculante no implica que no sea un instrumento de relevancia jurídica en el orden normativo internacional¹⁸⁴. Así, por ejemplo, la resolución por medio de la cual se adopta una declaración internacional no es un instrumento vinculante; sin embargo, los principios que contenga dicha declaración podrían tener un rol importante, y hasta decisivo en la práctica de los Estados. Eso ocurre con el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, referente a la obligación de no perjudicar al medio ambiente de otros Estados o de lugares situados por fuera de cualquier jurisdicción nacional, que ha influenciado en la conducta de los Estados hasta el punto en que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que la obligación expresada en el principio es parte del cuerpo normativo del derecho internacional ambiental¹⁸⁵. Los principios consagrados en la DCLEI, puntualmente los de mera transmisión y neutralidad de la red, como se explicará en el capítulo IV, si bien no son vinculantes, han sido tenidos en cuenta por los tribunales de Argentina y Colombia al momento de resolver casos concretos, por lo que sí podrían considerarse una fuente relevante.

La existencia de instrumentos de *soft law* ha fortalecido la operatividad del derecho internacional y ha contribuido al desarrollo de la normativa en ese ámbito, pues estos instrumentos no vinculantes establecen principios básicos a partir de los cuales se diseñan los tratados en los que se establecen obligaciones concretas para hacer efectivos esos principios. Desde esta perspectiva, podría sostenerse que los instrumentos de *soft law* o derecho blando configuran una categoría analítica a partir de la cual en el derecho internacional las fuentes no son estáticas sino dinámicas, y se van construyendo a partir de un diálogo continuo que pretende influir en la conducta de los distintos actores, y que se caracterizan por incluir declaraciones de principios que parten de una visión estratégica común, guías programáticas encaminadas a planificar e implementar actividades, interpretaciones de las disposiciones contenidas en tratados internacionales, y principios rectores que esclarezcan obligaciones internacionales. Además de lo anterior, un

¹⁸⁴ CEPAL. Tipología de Instrumentos Internacionales. Tercera Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe. LC/L.3719. 23 de octubre de 2013. P.5. Disponible en: http://www.cepal.org/rio20/noticias/noticias/1/50791/2013-861_PR10_Tipologia_instrumentos.pdf (Fecha de consulta: 18 de marzo de 2017).

¹⁸⁵ CEPAL. Tipología de Instrumentos Internacionales. Tercera Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe. LC/L.3719. 23 de octubre de 2013. P.5.

instrumento de *soft law* puede ser elaborado por Estados, organismos internacionales y ONG internacionales¹⁸⁶.

¹⁸⁶ CEPAL. Tipología de Instrumentos Internacionales. Tercera Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe. LC/L.3719. 23 de octubre de 2013. P.5.

82 | *El derecho al olvido online a la luz de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red.*
Alejandro Espinosa Anaya

CAPÍTULO IV

EL DERECHO AL OLVIDO ONLINE Y LOS PRINCIPIOS DE MERA TRANSMISIÓN Y NEUTRALIDAD DE LA RED DE LA DECLARACIÓN CONJUNTA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERNET DE 2011

En el capítulo III de este trabajo se examinaron algunos aspectos del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el entorno de Internet, y los principios de mera transmisión y neutralidad en la red que consagra la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de 2011, sin desconocer que dicha declaración y los principios que en ella se consagran son herramientas de *soft law*.

En este último capítulo del trabajo se pretende demostrar que, pese a que dichos principios no tienen carácter vinculante, en el ámbito latinoamericano han sido tenidos en cuenta al momento de resolver controversias relacionadas con el ejercicio del denominado derecho al olvido *online*, dando lugar a soluciones que contrastan con la brindada por el TJUE en la decisión del 13 de mayo de 2014 y que permiten considerar que dicha determinación no es la única viable, que posturas como la del abogado general Niilo Jääskinen podrían ser acertadas en cuanto a lo concerniente a la responsabilidad de los intermediarios y puntualmente, la de los buscadores, y que el Parlamento y el Consejo de Europa podrían haber tenido en cuenta los principios de mera transmisión y neutralidad de la red, y sin embargo no hay referencia alguna a ellos en la nueva reglamentación. Así, se describirán algunos casos conocidos en el ordenamiento jurídico argentino, colombiano y brasileño, a partir de los cuales se buscará lograr dicho propósito.

4.1. El derecho al olvido online en Argentina: El caso María Belén Rodríguez contra Google Inc. y Yahoo de Argentina SRL.

En sentencia de 28 de octubre de 2014 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció con respecto a la responsabilidad que corresponde a los buscadores en Internet, tema que carecía de regulación en el ordenamiento jurídico argentino y del que tuvo conocimiento en la instancia respectiva por la demanda que interpuso la modelo María Belén Rodríguez a Google Inc. y a Yahoo de Argentina SRL por daños y perjuicios.

4.1.1. Antecedentes.

La señora María Belén Rodríguez se desempeña como modelo profesional y goza de un amplio reconocimiento público debido precisamente a su actividad laboral, en la que su imagen es un factor de gran relevancia. Sostiene que al utilizar los buscadores de Google y Yahoo encontró que su nombre y fotografías e imágenes de ella estaban expuestas sin que hubiese dado su consentimiento o autorización para ello, y que en varios casos aparecían vinculados a sitios web de contenido sexual y pornográfico, hecho que resultaba injurioso y que no se predicaba de su forma de vida. En consecuencia, presentó demanda civil contra Google Inc. y contra Yahoo de Argentina S.R.L., solicitando que se le reparara por el daño que se causó a su nombre, su intimidad, su honor y su imagen al haberla relacionado arbitrariamente con sitios web vinculados a contenidos pornográficos. También solicitó que se le pagara un resarcimiento económico por haber utilizado su imagen sin autorización e indebidamente, que cesara el uso antijurídico de su imagen y nombre, y que se eliminara definitivamente toda vinculación de éstos a sitios de contenido erótico y pornográfico por parte de los buscadores que gestionan las entidades demandadas.

4.1.2. Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina conoció el caso con posterioridad a que las partes no quedaran conformes con los fallos de instancia, emitiendo un pronunciamiento de gran relevancia para efectos de determinar cómo opera la responsabilidad de los buscadores en Internet.

Para el juez argentino, frente a los buscadores en Internet debe aplicarse un régimen de responsabilidad subjetiva, pues considera que éstos no tienen la obligación de supervisar o vigilar los contenidos que se publican en la red y que son aportados por los administradores de los distintos sitios web. En efecto, acoge dicha posición al observar que países como Brasil y Chile disponen de normas que determinan eso¹⁸⁷, y que la DCLEI, más allá de tratarse de una herramienta de *soft law*, consagra el principio de mera transmisión en virtud del cual nadie que ofrezca únicamente servicios técnicos de acceso, búsqueda o conservación de información en Internet deberá ser responsable por

¹⁸⁷ Cfr. Congreso Nacional de Chile. Ley No.17.336 de 02 de octubre de 1970, modificada por la Ley No.20.435 de 04 de mayo de 2010. Artículo 85P / Congreso Nacional de Brasil. Ley No.12965 de 23 de abril de 2014. Artículos 18 y 19.

la información generada por terceros y que se difunda a través de esos servicios, y que no se deberá exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios¹⁸⁸. Para la Corte Suprema: “Si a la vera de un camino se desarrolla una actividad ilícita -que, por hipótesis, debe ser condenada- no por eso puede sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el peregrino argumento de que hizo más fácil la llegada a aquél.”¹⁸⁹.

Así, la Corte Suprema desecha la posibilidad de que se aplique un régimen de responsabilidad objetiva a los buscadores en Internet, aunque aclara que éstos podrían ser responsables cuando eventualmente tengan conocimiento de la ilicitud de un contenido y no actúen de forma diligente ante tal situación. Se trataría a todas luces de una responsabilidad subjetiva dada la eventual culpa del gestor del buscador¹⁹⁰. A partir de esto, el máximo tribunal argentino procedió a determinar cómo se debe aplicar la responsabilidad subjetiva de los buscadores en Internet, preguntándose si basta con que la persona afectada le solicite directamente al buscador que haga inaccesible la información que lo afecte o si lo que corresponde es acudir ante una autoridad estatal. Ante tal cuestionamiento y teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico nacional no prevé norma ni pronunciamiento en el que ello se determinase, la Corte sostiene que uno u otro proceder dependerá de que tan evidente y manifiesta sea la afectación que se produce y que se busca que cese. Así, una afectación será manifiesta cuando esté relacionada con contenidos lesivos como la pornografía infantil, o cuando se produzca por la difusión de contenidos mediante los cuales se facilite o se instruya la comisión de delitos, o se ponga en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, o que hagan apología del genocidio, del racismo o de otros tipos de discriminación o incitación a la violencia, o que afecten investigaciones judiciales en curso, o que configuren una lesión ofensiva al honor, o consistan en montajes de imágenes evidentemente falsas o que impliquen violaciones graves a la privacidad al exhibir situaciones incuestionablemente privadas. En todos estos casos bastaría con tener conocimiento de la existencia del contenido sin que se requiera valoración o esclarecimiento alguno en el que se asegure que el contenido resulta lesivo, para que haya

¹⁸⁸ Cfr. Corte Suprema de la Nación. Sentencia de 28 de octubre de 2014. Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios. Apartados 15 y 16.

¹⁸⁹ Cfr. Corte Suprema de la Nación. Sentencia de 28 de octubre de 2014. Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios. Apartado 16.

¹⁹⁰ Cfr. Corte Suprema de la Nación. Sentencia de 28 de octubre de 2014. Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios. Apartado 17.

una responsabilidad por parte del buscador sino bloquea el resultado que arroja una búsqueda y que tiene contenido lesivo. En cambio, también hay situaciones que exigen un esclarecimiento que debe surtir en sede judicial o administrativa para determinar si cierta información es lesiva del honor o de otros derechos, y en esos casos no puede exigirse al administrador de un buscador en Internet que asuma la función de autoridad judicial o administrativa¹⁹¹.

La Corte Suprema, al encontrar que no hay responsabilidad que se le pueda endilgar en el caso concreto a los administradores de los buscadores en Internet, no consideró aplicable la norma referente a la exigencia del consentimiento del titular del derecho para la publicación de su imagen, pues quien debe atender a dicha norma es el sitio web fuente en el que se publicó la imagen y no el intermediario que indica dónde se halla la misma¹⁹². En cuanto a la solicitud de que el buscador de Google bloqueara o filtrara los vínculos que arrojaba la búsqueda y que permitían acceder a los contenidos que afectaban a la demandante, el tribunal señaló que en virtud del artículo 13 inciso 2° de la CADH, la garantía del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión implica que éste no pueda estar sujeto a censura previa sino que da lugar a responsabilidades ulteriores que deben estar expresamente establecidas por la Ley, de modo que cualquier limitación o restricción de este derecho tendrá una interpretación restrictiva y sobre toda censura previa recaerá una presunción de inconstitucionalidad¹⁹³.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de la Nación en Argentina no accedió a las pretensiones de la demandante, con lo cual resultó una decisión favorable para Google Inc. y Yahoo de Argentina S.R.L. No obstante, esta decisión estuvo acompañada de los votos disidentes de dos de sus magistrados, quienes consideraron que la solicitud de ‘eliminar’ los vínculos hallados por un buscador y que llegasen a afectar los derechos a la intimidad, al honor, a la imagen y al *habeas data* de una persona no es incompatible con la garantía al derecho a la libertad de expresión, pues si se llegara a identificar con exactitud cuáles son los enlaces que resultarían lesivos para una persona

¹⁹¹ Cfr. Corte Suprema de la Nación. Sentencia de 28 de octubre de 2014. Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios. Apartado 18.

¹⁹² Cfr. Corte Suprema de la Nación. Sentencia de 28 de octubre de 2014. Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios. Apartados 19-22.

¹⁹³ Cfr. Corte Suprema de la Nación. Sentencia de 28 de octubre de 2014. Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios. Apartados 23.

y se demostrase que efectivamente se produjo un daño, la protección de los derechos personalísimos configuraría una reparación ulterior.

4.2. El derecho al olvido *online* en Colombia: El caso ‘Gloria’ contra la Casa Editorial El Tiempo.

Como se indicó en el capítulo I de este trabajo, la Corte Constitucional de Colombia ya se había referido a la existencia de un derecho al olvido en la Sentencia T-414 de 16 de junio de 1992. Dicho tribunal posteriormente conoció de casos con circunstancias similares en las que debió ponderar para hallar un equilibrio entre los derechos en tensión ¹⁹⁴, sin embargo, el caso ‘Gloria’ contra la Casa Editorial El Tiempo, probablemente constituya el paradigma de cómo se ejercería el derecho al olvido *online* en el ordenamiento jurídico colombiano, así que se expondrán los antecedentes de dicho caso y se observará cuál fue la determinación de la Corte Constitucional de Colombia frente al mismo.

4.2.1. Antecedentes.

La accionante, a quien se le identificó de manera ficticia con el nombre ‘Gloria’ en aras de proteger su identidad y su derecho a la intimidad, en el año 2000, trabajaba como vendedora para una agencia de viajes y en ejercicio de sus funciones vendió tiquetes aéreos a un comprador que resultó ser parte de una red dedicada a la trata de personas. En vista de las operaciones comerciales realizadas con ese cliente, la Fiscalía General de la Nación vinculó a la señora ‘Gloria’ a un proceso penal que posteriormente prescribió sin que se pudiese desvirtuar su presunción de inocencia. De cualquier manera, su vinculación al proceso penal -arresto mediante- fue publicada en un artículo periodístico del diario El Tiempo, tal vez el diario de mayor circulación a nivel nacional, y que pertenece a la casa editorial accionada. Dicho artículo seguía estando disponible en Internet sin que se hubiese informado sobre la prescripción de la acción penal en favor de la señora ‘Gloria’, situación que según indicó en la acción que interpuso, ha ocasionado que la sociedad tuviese frente a ella una percepción negativa, que le generaba impedimentos y traumatismos, no sólo a ella sino también a su familia, tanto en las

¹⁹⁴ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-260 de 29 de marzo de 2012. EXP: T. 3.273.762. MP. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia SU-458 de 21 junio de 2012. EXP: T-2.651.508AC. MP. Adriana maría Guillén Arango; Sentencia T-040 de 28 de enero de 2013. EXP: 3.623.589. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-050 de 10 de febrero de 2016. EXP: 5.145.787. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

actividades más cotidianas, como en la búsqueda de empleo o en la realización de trámites financieros, entre otras situaciones¹⁹⁵.

La señora ‘Gloria’ solicitó a la Casa Editorial El Tiempo que eliminara el contenido de dicha noticia; sin embargo, el medio accionado negó la solicitud al sostener que se trataba de una noticia veraz que se había publicado con imparcialidad. Ante esta negativa, la señora ‘Gloria’, implementado una acción de tutela, solicitó que se ordenase a la Casa Editorial El Tiempo ‘bajar’ y ‘borrar’ de todos los buscadores disponibles en Internet y, puntualmente, de Google Search, cualquier información relativa a su supuesta relación con la comisión del delito de trata de personas¹⁹⁶.

En el curso de la primera instancia la Casa Editorial El Tiempo solicitó que se negaran las pretensiones de la señora ‘Gloria’ al considerar que la información que publicó había sido veraz y que no tenía control alguno sobre los buscadores en Internet para realizar lo que la señora ‘Gloria’ pretendía. El juez que conoció del asunto consideró improcedente ordenar que se eliminase la información publicada, pero sí estimó necesario que el medio brindara una información completa y actualizada de los hechos acaecidos, por lo que ordenó a la Casa Editorial El Tiempo que publicase una rectificación en la que se informara que a la señora ‘Gloria’ nunca se le desvirtuó su presunción de inocencia en juicio, con el propósito de que se garantizaran sus derechos a la dignidad y al buen nombre. Sin embargo, la señora ‘Gloria’ impugnó este fallo y solicitó su revocatoria por no guardar congruencia con lo que había solicitado, pues ella pretendía que se eliminara la información disponible sobre su persona en Internet que la relacionaba con la supuesta vinculación a la red de trata de personas, pues la rectificación, a su juicio, se realizaría a través de una nota marginal que pocos advertirían y no era posible en medios electrónicos.

En segunda instancia, se adicionó la decisión descrita anteriormente y se ordenó a la Casa Editorial El Tiempo que eliminase de su sitio web toda información relacionada con la señora ‘Gloria’ en las publicaciones relativas al delito de trata de personas. El juez de segunda instancia consideró que, aunque los medios de comunicación tienen dentro de sus prerrogativas el derecho a la libertad de expresión, éste no es absoluto y halla límites en otros derechos fundamentales. También precisó que, si bien la noticia publicada por la

¹⁹⁵ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277 de 12 de mayo de 2015. EXP: T-4.296.509. MP. María Victoria Calle Correa. Numeral 1.

¹⁹⁶ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277 de 12 de mayo de 2015. EXP: T-4.296.509. MP. María Victoria Calle Correa. Numeral 1.

Casa Editorial El Tiempo era veraz, también era incompleta, pues sólo hacía referencia al hecho de que la señora ‘Gloria’ había sido incluida en una investigación, pero se omitió informar posteriormente que nunca se demostró su culpabilidad.

4.2.2. Pronunciamiento de la Corte Constitucional en el caso ‘Gloria’ contra la Casa Editorial El Tiempo.

La Corte Constitucional de Colombia abordó la controversia a partir de varios cuestionamientos. A efectos de este trabajo resultan relevantes dos de ellos: uno relativo a si la indexación de la información contenida en el sitio web de la Casa Editorial El Tiempo por parte de Google Search constituye una conducta vulneradora de los derechos fundamentales de la accionante en el caso concreto; y otro, en caso de que la respuesta al anterior fuese afirmativa, consistente en determinar cuál debía ser la solución idónea para superar la lesión de los derechos fundamentales vulnerados afectando en la menor medida posible las libertades de expresión, información y prensa.

Para resolver dichas cuestiones, la Corte Constitucional partió de un análisis del ejercicio de la libertad de expresión en Internet y acudió a los principios consagrados en la DCLEI, es decir, a los principios de mera transmisión y neutralidad de la red, analizando a partir de ellos la responsabilidad de los intermediarios en Internet¹⁹⁷.

Siguiendo lo dispuesto en la DCLEI, la Corte sostiene que en virtud del principio de neutralidad en la red, a los intermediarios de Internet les corresponde manejar de la forma más transparente posible la información aportada por los internautas, pues la neutralidad está orientada a evitar situaciones de bloqueo o filtración, ya que la ausencia de controles previos o censura es una condición indispensable para que haya un goce efectivo del derecho a la libertad de expresión en el entorno de Internet. Lo anterior se precisa en los siguientes términos:

“Respecto a la neutralidad, se tiene que este es un aspecto que integra elementos del principio de no discriminación, así como de aquel referido al acceso en condiciones de igualdad. Se ha afirmado que ‘(e)l tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor,

¹⁹⁷ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277 de 12 de mayo de 2015. EXP: T-4.296.509. MP. María Victoria Calle Correa. Numeral 6.4.

origen y/o destino del material, servicio o aplicación.’ Lo anterior demanda, además, que los intermediarios de Internet actúen de manera transparente en el manejo de la información de los usuarios, situación que a su vez precisa que los protocolos y prácticas para dicho manejo sean públicas y accesibles para cualquier persona. El principio de neutralidad se orienta a evitar situaciones de bloqueo, interferencia o filtración, toda vez que la ausencia de controles previos y censura es una *conditio sine qua non* para el goce efectivo del derecho a la libertad de expresión en este entorno.”¹⁹⁸

En cuanto al principio de mera transmisión, la Corte acoge la idea de que ningún intermediario debe ser responsable por los contenidos generados por los internautas a menos que hubiese intervenido directamente en la información publicada o que se rehusase a cumplir una orden judicial en la que se determinara que cierta información debe ser bloqueada, eliminada o restringida. De modo que admite cierta inmunidad para los intermediarios de Internet, situación que se justifica en la medida en que atribuirles alguna responsabilidad afectaría la neutralidad de Internet y otros principios como los de no discriminación y acceso en condiciones de igualdad pues, como se ha señalado, transforma a estos actores -usualmente de carácter privado- en censores que controlarían la información que comparten los internautas. En este punto, la Corte precisa que el ejercicio de la libertad de expresión en Internet no sólo implica que las personas puedan manifestar sus ideas, opiniones y pensamientos, sino también que esta información se difunda y sea de conocimiento de otros usuarios -efecto expansivo-; de modo que al responsabilizar a los intermediarios por la información que difunden y al ejercer éstos su potestad para controlar el flujo de información en Internet, se limitaría considerablemente la difusión de ideas en ese entorno¹⁹⁹.

Dado que el juez de segunda instancia resolvió que se eliminara la información relativa a los hechos por los cuales se vinculaba a la señora ‘Gloria’ a un proceso penal para que se ampararan sus derechos fundamentales, la Corte optó por examinar otras alternativas que también podían ser admisibles, buscando una que resultase menos lesiva frente al derecho a la libertad de expresión de la Casa Editorial El Tiempo.

¹⁹⁸ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277 de 12 de mayo de 2015. EXP: T-4.296.509. MP. María Victoria Calle Correa. Numeral 6.5.

¹⁹⁹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277 de 12 de mayo de 2015. EXP: T-4.296.509. MP. María Victoria Calle Correa. Numeral 6.6.

La primera alternativa que examinó fue la propuesta por el juez de primera instancia en este caso, es decir, que únicamente se ordenase a la Casa Editorial El Tiempo que publicara una rectificación en la que se informara que con respecto a la señora ‘Gloria’ nunca se demostró en juicio que hubiese tenido algún tipo de vínculo con la organización de trata de personas con la cual fue relacionada, de modo que no se desvirtuó su presunción de inocencia. La Corte encuentra esta alternativa insuficiente para salvaguardar los derechos de la accionante, y más si se tiene en cuenta que lo que ésta pretendía era la eliminación de la publicación, pues entendía que a raíz de la misma, al relacionarla con la comisión de un delito, se le había estigmatizado socialmente, y pese a que nunca se le halló culpable, se ha generado un señalamiento social que desde entonces la ha acompañado; así que la mera rectificación por parte del medio de comunicación no configura una garantía que ofrezca el nivel de protección que requieren los derechos fundamentales de la accionante²⁰⁰.

La Corte también analizó la alternativa propuesta por la accionante, es decir, que se ordenara al administrador del buscador en Internet que desindexara el vínculo al sitio web en el que podía accederse a la noticia, de modo que al efectuar una búsqueda a partir de su nombre, éste no sería vinculado al sitio web. Dicha solución, es bastante similar a la que adoptó el TJUE en la decisión del 13 de mayo de 2014, en la cuestión prejudicial que enfrentó a Google Spain y Google Inc. contra Mario Costeja y la AEPD; sin embargo, aunque para el tribunal constitucional colombiano la solución adoptada por el TJUE en garantiza los derechos a la protección de datos, a la intimidad y al honor de la persona afectada por la difusión de una publicación en Internet, una determinación de este tipo implica un sacrificio innecesario de los principios de mera transmisión y neutralidad de la red.

En efecto, para la Corte Constitucional colombiana la medida adoptada por el TJUE es inconveniente por dos razones: En primer lugar, porque encuentra necesario que se garantice el derecho a la libertad de expresión en Internet y éste se sustenta entre otros en los principios de mera transmisión y neutralidad de la red. Atender a estos principios, según lo entiende la Corte, implica que se descarte cualquier tipo de control previo o censura salvo en las situaciones específicamente contempladas en la ley, como lo sería, por ejemplo, restricciones para evitar la difusión de pornografía infantil. Así, la Corte

²⁰⁰ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277 de 12 de mayo de 2015. EXP: T-4.296.509. MP. María Victoria Calle Correa. Numeral 9.8.1.

considera que si se resolviese que el gestor del buscador de Google impidiera que el vínculo al sitio web del medio de comunicación en el que se informa sobre lo acontecido con la señora ‘Gloria’ apareciese dentro de los resultados arrojados a partir de una búsqueda utilizando su nombre como reactivo, se estaría implementando un tipo de filtración que iría en contra del principio de neutralidad y a su vez al responsabilizar al gestor del buscador por una información que él no generó, se desconocería el principio de mera transmisión. La Corte lo indica en los siguientes términos:

“Estima la Sala que ordenar al motor de búsqueda Google.com que bloquee de sus resultados el portal de Internet del medio de comunicación donde se informa de la captura e investigación penal en contra de Gloria, supondría implementar una modalidad de control previo contraria al principio de neutralidad. Además de hacerle responsable por una información que aquel no generó y por la que no debe endilgársele responsabilidad, esta medida entraña la posibilidad de convertir al motor de búsqueda en un censor o controlador de los contenidos publicados por los usuarios que acceden a la red.”²⁰¹

De modo que para la Corte, una medida de este tipo, más allá del carácter simple y técnico que parecería presentar inicialmente, además de imponerle al intermediario una responsabilidad que no tendría por qué soportar y que lo desnaturalizaría como tal, afectaría la arquitectura de Internet, ya que en el fondo se impediría que haya un acceso a Internet en condiciones de igualdad y sin discriminación, y son éstos precisamente los pilares sobre los cuales está construido el derecho a la libertad de expresión en Internet; en efecto, un quebrantamiento de estos principios afecta a todos los usuarios de Internet.

En segundo lugar, porque si se admitiese la pretensión y se ordenara al gestor de Google Search o cualquier otro buscador que no se muestre alguno de los resultados que encuentra al operar o que un resultado específico sea desindexado, aún sería posible acceder al sitio web utilizando otro reactivo, otro buscador o, si se tiene conocimiento, la dirección exacta del mismo. De modo que el riesgo de que se vulneren los derechos fundamentales de la accionante estaría aún latente y se habría pagado un alto costo al

²⁰¹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277 de 12 de mayo de 2015. EXP: T-4.296.509. MP. María Victoria Calle Correa. Numeral 9.8.2.

sacrificar los principios de mera transmisión y neutralidad de la red avalando una solución que no resuelve plenamente la problemática²⁰².

La Corte procede entonces a analizar una tercera alternativa de solución que permita garantizar de la forma más eficiente posible los derechos fundamentales de la señora ‘Gloria’, observando que una vía podía ser que la noticia permaneciese publicada en el sitio web de la Casa Editorial El Tiempo, pero que debiese ser actualizada y su difusión en Internet limitada; esto se lograría a través de la aplicación de protocolos de exclusión como lo son el *robots.txt* y los *metatags*.

Conviene recordar en este punto que los protocolos de exclusión son herramientas técnicas mediante las cuales los arquitectos o administradores de los sitios web pueden impedir que una información o contenidos específicos que se encuentran en un sitio web sean mostrados en los resultados de las búsquedas cuando se efectúa una consulta por medio de un buscador en Internet. Estos protocolos funcionan de diferentes maneras, por ejemplo, el protocolo *robots.txt* consigue que un buscador no acceda a un contenido específico de un sitio web; sin embargo, pese a que se utilice dicha herramienta, el buscador seguirá reconociendo que la existencia del contenido y podría enseñar otros sitios web mediante los cuales se podría acceder al mismo²⁰³. El uso de *metatags* se encamina en cambio a que una determinada URL no sea indexada o que pese a que sea indexada, no se muestre dentro de los resultados relevantes de una búsqueda que son los que usualmente se consultan, esto con el objetivo de que los internautas no accedan al sitio web al que ella conduce, sin que se altere el rol neutral y de mero transmisor de los buscadores en Internet²⁰⁴.

La Corte encuentra en esta alternativa un camino viable, ya que su utilización permitiría conservar la publicación, evitar el riesgo de que se altere la verdad histórica y dificultar el acceso a la información que resulta negativa para la accionante; pues al implementar alguno de los protocolos de exclusión, ya no bastaría sólo con digitar su nombre en el buscador para que éste muestre los contenidos que se desea que sean inaccesibles, pues en efecto no se mostrarían o aun mostrándose se dificultaría el acceso a los mismos; esto

²⁰² Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277 de 12 de mayo de 2015. EXP: T-4.296.509. MP. María Victoria Calle Correa. Numeral 9.8.2.

²⁰³ Para más información se puede consultar en el sitio web: <https://support.google.com/webmasters/answer/6062608?hl=es> (Fecha de consulta: 24/03/2017).

²⁰⁴ Para más información se puede consultar en el sitio web: <https://support.wix.com/es/article/meta-tags> (Fecha de consulta: 24/03/2017).

concordaría en cierta medida con lo expresado por Pazos Castro en el sentido en que el derecho al olvido *online* en la práctica equivaldría a un derecho a la oscuridad digital²⁰⁵.

Así, la Corte considera que debe ordenarse al medio de comunicación que haga uso de una herramienta técnica como el protocolo *robots.txt*, los *metatags* u otra de índole similar, que resulte idónea para evitar que a través de los buscadores de Internet se pueda acceder a la publicación que ha venido afectando a la accionante. A juicio del tribunal constitucional colombiano se trata de la mejor alternativa, pues se impediría o dificultaría el libre acceso a la publicación a partir del nombre de la accionante, y la información, una vez actualizada, se mantendría intacta. Si bien esta medida no deja de ser una limitación al derecho a la libertad de expresión de la Casa Editorial El Tiempo, resulta menos lesiva que la eliminación de la información en Internet²⁰⁶.

En cuanto a la responsabilidad del buscador en la vulneración de los derechos fundamentales, la Corte consideró que no fue la indexación del sitio web por parte del gestor de Google Search lo que determinó la vulneración de los derechos fundamentales de la señora ‘Gloria’ sino la difusión de información desactualizada por parte de la Casa Editorial El Tiempo en su sitio web, por lo que no profirió orden alguna a Google o cualquier otro buscador en Internet con relación a ello. En la sentencia se indica al respecto:

“(…) no es competencia ni responsabilidad de Google, rectificar, corregir, eliminar o complementar la información que arroja una búsqueda concreta, sino del medio de comunicación, escritor, columnista, etc., que incluye y procesa la información en Internet. Sin perjuicio de que, por características distintas, haya casos donde una base de datos que cumple la función de Google, pueda generar alguna vulneración de un derecho fundamental por la información que administra. (...) la vulneración del derecho fundamental no

²⁰⁵ Pazos Castro. *Op.cit.*, P.52.

²⁰⁶ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277 de 12 de mayo de 2015. EXP: T-4.296.509. MP. María Victoria Calle Correa. Numeral 9.8.3. La Corte aclara adicionalmente que una restricción de acceso como esta sería procedente en aquellas circunstancias en las cuales puede consultarse una noticia de forma permanente, ininterrumpida, e indefinida debido a la publicación de la misma en Internet y, por ende, al ser ubicable a través de los buscadores que operan en dicho medio, y que si el hecho noticioso de trata de una persona con notoriedad pública o un servidor público, o los hechos registrados en la noticia versan sobre la comisión de delitos de lesa humanidad o que hayan lesionado gravemente derechos humanos, el acceso a la información no podrá restringirse de ninguna manera, ya que se trata de sucesos hacen parte de un proceso de construcción de memoria histórica por lo que su difusión excede a los intereses personales de un individuo.

es imputable en este caso a Google en tanto no es responsable de producir la información. Adicionalmente, estima necesario señalar que la razón para no acceder a la desindexación consiste en la protección del principio de neutralidad de la red que, como ya se mencionó, solo puede ser restringida en situaciones excepcionales.”²⁰⁷

En consecuencia, la Sala estima que no fue la indexación de la página de Internet por parte del gestor lo que determinó la vulneración de derechos fundamentales de la accionante, sino la difusión de información desactualizada por parte de la Casa Editorial El Tiempo, por lo que no emitirá órdenes en relación con el buscador.”

4.3. El derecho al olvido *online* en Brasil: El caso Xuxa contra Google Brasil Internet Ltda.

El ordenamiento jurídico de Brasil dispone de la Ley No. 12.965 de 23 de abril de 2014, en virtud de la cual se establecen los principios, garantías, derechos y deberes para el uso de Internet, en cuyos artículos 18 y 19 se hace referencia a la responsabilidad de los intermediarios, precisando que los proveedores de conexión a Internet no serán responsabilizados por los daños que ocasionen los contenidos generados por terceros, a menos que existiendo una orden judicial que lo determine no se tomen las medidas que correspondan dentro del marco y los límites técnicos de sus servicios. La misma normativa dispone en su artículo 21 que sobre el intermediario recaerá una responsabilidad subsidiaria en aquellos casos en los que permita el acceso a contenidos que afecten la intimidad de una persona por tener carácter erótico o sexual, haya sido informado de dicha situación por parte del afectado o su representante, y no haya desplegado las medidas necesarias para que tal afectación terminase.

Se aprecia entonces que si bien hay disposiciones normativas frente a los intermediarios de Internet, puntualmente frente a los proveedores de servicios de conexión, no hay una normativa concreta con respecto a los buscadores en ese medio. De ahí la relevancia del fallo del Supremo Tribunal Federal.

²⁰⁷ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277 de 12 de mayo de 2015. EXP: T-4.296.509. MP. María Victoria Calle Correa. Numeral 9.10.

El Supremo Tribunal Federal de Brasil se pronunció en decisión del 15 de septiembre de 2015 con ocasión de la demanda por daños y perjuicios que interpuso María Da Graça Meneghel, reconocida internacionalmente como Xuxa, contra Google Brasil Internet Ltda. La demanda obedeció a que antes de alcanzar el reconocimiento que posteriormente tuvo, Xuxa participó en un filme llamado *Amor Estranho Amor* del año 1982, que contenía escenas de contenido erótico y sexual con un menor de edad, y al introducir ciertas combinaciones de palabras con el nombre de Xuxa en la opción del buscador, éste arrojaba como resultado fotografías de las escenas de la película con esos contenidos. Xuxa pretendía que el administrador del buscador de Google retirara de los resultados que se exhibían al efectuar una búsqueda, los vínculos que conducían a los sitios web en los que estaban disponibles las imágenes de contenido sexual de la película, pues éstos la relacionaban indiscutiblemente con situaciones de sexo y pedofilia.

Si bien el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro había fallado de forma favorable a Xuxa en la instancia correspondiente, el Supremo Tribunal Federal revocó esa decisión al considerar que la filtración de los resultados obtenidos a partir de una búsqueda realizada por parte de los internautas no constituye una actividad intrínseca del servicio que prestan los buscadores en Internet, de modo que sería erróneo señalar que están prestando inadecuadamente el servicio que ofrecen, pues frente a los usuarios, los buscadores se limitan a hallar e indicar vínculos a sitios web a partir de las palabras claves que éstos proporcionan, más allá de su contenido y sin influir de modo alguno en la administración o gestión de los mismos. Así, el Tribunal es contundente al señalar que no se puede obligar al gestor de un buscador en Internet a que impida que se exhiban todos los vínculos que aparecen en los resultados de las búsquedas que en él se realizan a partir de una expresión, término o frase, incluso si además de indicar la URL del sitio web, se exhibieran imágenes del contenido del mismo²⁰⁸.

En ese orden de ideas, para el Supremo Tribunal Federal la responsabilidad por los contenidos e información que llegase a afectar a una persona recae principalmente sobre los arquitectos de los sitios web que los publican de forma originaria, pues lo que el buscador hace es básicamente mostrar el camino para acceder a ese sitio web, indicando algo mínimo de lo que en él se hallará teniendo en cuenta lo que se busca.

²⁰⁸ Supremo Tribunal Federal de Brasil. Sentencia de 15 de septiembre de 2015. RCL15955 AgR/RJ. Rel.Min. Nancy Andrichi.

96 | *El derecho al olvido online a la luz de los principios de mera transmisión y neutralidad en la red.*
Alejandro Espinosa Anaya

A partir de la anterior consideración se aprecia al valor que el Tribunal le otorga al derecho a la libertad de expresión e información en Internet. De hecho, sin que expresamente se haga alusión a lo dispuesto en la CADH y los principios consagrados en la DCLEI, la valoración que efectúa el Tribunal guarda coherencia con lo dispuesto en dichos instrumentos, en el sentido de que considera que al responsabilizar a un buscador por información que éste no generó, se le estaría asignado un rol que excede lo que permite su función de mera transmisión de información. Teniendo en cuenta que Internet fue pensado y diseñado como un espacio neutral, los intermediarios de dicho medio se deben limitar a la mera transmisión de información sin entrar a determinar, salvo casos excepcionadísimos, qué información debe circular y cuál no; atribuirles esa responsabilidad equivaldría a convertirlos -como ya se ha indicado en reiteradas ocasiones- en un censor, y un espacio neutral no se condice con este tipo de agentes.

El Tribunal señala además que si una persona se considera afectada por cualquier tipo de publicación de información o contenidos en Internet y por medio de un buscador conoce la URL del sitio web fuente de dicha información, no tiene motivos para accionar contra el administrador del buscador teniendo en cuenta que ya tendría conocimiento de en qué lugar se encuentra la información que le afecta y quién la publicó; la función del buscador hace posible la aproximación a la fuente primaria de la información y el afectado deberá encontrar la manera de proceder contra quien la publicó. En ese orden de ideas la función del buscador en Internet coadyuvaría a detectar las fuentes primarias de información controvertida y eventualmente podría afectar derechos fundamentales.

4.4. El otro derecho al olvido *online*.

La revisión de los tres casos anteriormente descritos en distintos ordenamientos jurídicos en el contexto latinoamericano pretende dar cuenta de que los jueces y tribunales en estas latitudes han optado por soluciones un tanto diferentes a la propuesta por el TJUE y a la regulación que consagra en su normativa el Reglamento No.2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Teniendo en cuenta que el derecho al olvido puede derivarse tanto a partir de proyecciones del derecho a la intimidad y el derecho al honor como del derecho a la protección de datos personales, podría considerarse que a diferencia de la postura del TJUE y lo dispuesto en el Reglamento, en donde el derecho al olvido se proyectó para proteger en primer orden el derecho al *habeas data*, en el contexto latinoamericano se

produjo como una proyección para proteger primeramente los derecho a la intimidad, al honor y a la imagen, sin que ello implique que un desconocimiento de la garantía del derecho al *habeas data*. No es extraño entonces que la manera de ejercerlo no resulte coincidente, se trata del ejercicio de un derecho proyectado a partir de derechos distintos.

En el contexto latinoamericano, teniendo en cuenta lo dispuesto en un instrumento que pese a no ser vinculante contiene pautas de relevancia tal que resultan aptas para fundamentar decisiones judiciales o con base en consideraciones cercanas u análogas a las que constan en dicho instrumento, la Corte Suprema de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, y el Tribunal Superior Federal de Brasil, consideraron que no puede predicarse una responsabilidad por parte de los buscadores en Internet al permitir el acceso a información publicada en un sitio web fuente, dado su rol de mero transmisor de información.

Partiendo de esto, los tribunales referidos proponen distintos tipos de solución, unas más restrictivas y otras más extensivas con la noción existente de derecho al olvido *online*, siendo tal vez la alternativa de solución propuesta por la jurisprudencia colombiana la más balanceada, en la medida en que determina qué herramientas técnicas puede utilizar el arquitecto o administrador del sitio web fuente para que un buscador en Internet no muestre entre los resultados de su búsqueda el contenido e información que para una persona resulta lesiva, efectuando una restricción mínima al derecho a la libertad de expresión de éste y a la de informarse por parte de los internautas, pero procurando garantizar al afectado que una información cierta de la que no desea que se tenga conocimiento o recordación, carecerá de acceso masivo.

En este contexto y al igual que a partir de lo resuelto por el TJUE, el ejercicio del derecho al olvido no acarrea un olvido automático e inmediato de un hecho, en efecto, pretender eso sería ingenuo. El derecho al olvido implica en principio que se dificulte el acceso a cierto contenido o información para que a partir del desconocimiento del mismo efectivamente se termine produciendo un olvido de una situación determinada. Podría decirse que se trata de una prerrogativa que realmente cumple su objetivo a largo plazo.

Se encuentra un gran aporte en el pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación Argentina, ya que ésta precisa que sólo en aquellos casos en los que exista una vulneración evidente y palmaria de derechos al publicar cierto contenido o información, se podría solicitar directamente a quien realizó la publicación que, dependiendo del

contenido de la misma y la gravedad de su afectación, la elimine o impida que a ella se tenga acceso, como ocurriría por ejemplo con las situaciones de pornografía infantil o apología al genocidio o al racismo; y que en los casos en los que exista una mínima duda en cuanto a la afectación, será una autoridad judicial o administrativa la que deba resolver si se debe producir una restricción al derecho a la libertad de expresión en Internet en aras de proteger otro derecho fundamental, procurando la existencia de un equilibrio tales derechos. Este aspecto resulta diferencial en relación con la determinación del TJUE, pues en ésta se dejó la puerta abierta para que ante cualquier situación en la que un usuario considerase que cierta información de su pasado lo pudiese afectar, se acudiese directamente al buscador para que impidiese el acceso a la misma, otorgándole así en la búsqueda del olvido el poder propio de una autoridad garante a quien no tendría por qué tener esa potestad.

La visión del derecho al olvido en Latinoamérica se acerca más a la propuesta del abogado general del TJUE en el asunto Google Inc. y Google Spain contra Mario Costeja y la AEPD, pero pasa por alto una circunstancia que sí consideró el abogado general y que también evaluó el TJUE, y es la cuestión relativa a la jurisdicción, situación que podría impedir que una persona afectada pueda requerir con facilidad al arquitecto del sitio web fuente que, por ejemplo, aplique un protocolo de exclusión, al hallarse en un país con una normativa distinta.

Otra crítica que podría hacerse a la postura que se ha asumido en Argentina, Brasil y Colombia con respecto a la responsabilidad de los buscadores en Internet y el derecho al olvido *online*, es que se ha pasado por alto el significativo poder informático del que disponen los buscadores y frente al cual convendría que existiese una protección adecuada de los derechos fundamentales cuando se viesan afectados por éste. Desde este punto de vista sería conveniente considerar algún tipo de responsabilidad para los buscadores en Internet, una responsabilidad que se limite al análisis de la difusión masiva, inmediata y perenne de la información que se pretende que sea olvidada, y no de la información en sí misma, y que a partir de la cual sea posible exigir la implementación de las herramientas técnicas viables en un momento determinado, que resulten más idóneas ante la solicitud de un interesado. En relación con lo anterior, una alternativa podría ser establecer fechas de caducidad para cierto tipo de información publicada en Internet. De hecho, algunos aplicativos ya han incorporado esta modalidad, sin embargo, una estandarización de esta

forma de disponer de la información podría transformar el código con base en el cual se construyó Internet y eso ameritaría un estudio más profundo y más técnico.

Por último, corresponde indicar que frente a esta forma de garantizar el derecho al olvido *online*, la determinación del Reglamento No.2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo podría resultar muy agresiva con respecto al derecho a la libertad de expresión y pensamiento en Internet, ya que va más allá del simple ocultamiento o la dificultad en permitir el acceso a cierta información al establecer directamente la supresión de contenidos; habrá que valorar el impacto de esta determinación cuando comience a ponerse en práctica. Teniendo en cuenta que se trata de una medida que se aplicará frente a las tecnologías de Internet, las comunicaciones y la información, y que el derecho suele estar un par de pasos rezagado con relación a éstas, es posible que si se encuentra conveniente y/o necesario, se busque y se encuentre la oportunidad para replantearla; en ese caso, por qué no, se podrían tener en consideración los principios que se han tenido en cuenta en el contexto latinoamericano.

CONCLUSIONES

En el curso de la presente investigación se ha descrito como opera el derecho al olvido, tanto en un contexto previo a la utilización masiva de Internet como en el contexto de Internet, obteniendo las siguientes conclusiones:

1. La noción de derecho al olvido no es novedosa, lo que sí podría considerarse novedoso es la aplicación de la misma en el contexto de Internet.
2. La aplicación del derecho al olvido sucede a un conflicto que se genera entre los derechos a la intimidad, el honor, la protección de datos personales y el derecho a la libertad de expresión y pensamiento. Concretamente, el derecho al olvido es una proyección de los primeros, y tendrá una aplicación más o menos afortunada dependiendo de qué tan equilibrado sea el resultado de la ponderación de los derechos en tensión; en esa medida, no puede considerarse un derecho fundamental autónomo.
3. La denominación ‘derecho al olvido’ es imprecisa. Si bien el efecto que se busca es el olvido de cierta información, es incuestionable que el olvido de algo no se produce de forma automática ni voluntaria. El ejercicio de este derecho implicará que se impida acceder a cierta información o que ésta esté oculta de manera tal que los internautas no accedan a ella para que con el paso del tiempo se produzca el olvido de la misma.
4. La propuesta de derecho al olvido en Internet del Tribunal de Justicia de la Unión Europea impone a los intermediarios de la red, concretamente a los buscadores, una responsabilidad que, para algunos autores y según lo dispuesto en algunos tribunales latinoamericanos, no tendrían que asumir, más aún cuando se observa que junto a esta responsabilidad se les da el poder de decidir qué vínculos a sitios web se exhibirían en las listas de resultados que arrojan las búsquedas que se llevan a cabo por medio de ellos.
5. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea otorgó a los buscadores un rol de pseudo jueces o autoridades administrativas, que conocerán de situaciones de tensión entre los derechos a la intimidad, honor, y la protección de datos personales y libertad de expresión y pensamiento en Internet, y serán quienes ponderen dichos derechos buscando un equilibrio entre ellos, sin contar con un verdadero criterio jurídico para analizar tales situaciones, abriendo la posibilidad de que exista una censura privada y desvirtuando los

principios rectores de Internet como medio de comunicación: el rol de meros transmisores de los intermediarios y la neutralidad de la red.

6. El derecho al olvido en Internet que propuso el TJUE pretende ser un derecho práctico. El hecho de que se responsabilice de forma objetiva a los buscadores es una consecuencia de la dificultad que puede conllevar el encontrar a los arquitectos o administradores de los sitios web fuente y una forma de superar la barrera que eventualmente puede presentarse en caso de que éstos se encuentren en países diferentes al del afectado escapando por ende a la jurisdicción del mismo.

7. El derecho al olvido en Internet que propuso el TJUE permite que los vínculos arrojados a partir de una búsqueda en la que se utilice como palabra clave el nombre de una persona, y que hacen posible el acceso a sitios web fuente en los que hay información que pueda afectar a la misma, dejen de aparecer en la lista de resultados arrojada por el buscador. Se trataría entonces de la aplicación de los derechos de oposición o cancelación de datos personales en el entorno de Internet. No obstante, el ámbito de la protección podría quedar superado si se efectúan búsquedas a partir de datos personales de una persona diferentes al nombre o si se accede a la información por un medio distinto al buscador.

8. El derecho al olvido en Internet que consagra el Reglamento No. 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, es más agresivo con respecto al derecho a la libertad de expresión y pensamiento que el que propuso el TJUE, ya que dispone directamente la supresión de datos, situación que contrasta con la cancelación del acceso a los datos o la desindexación de los mismos por parte del buscador y que en ambos casos se lleva a cabo conservando la información.

9. La Declaración Conjunta para la Libertad de Expresión e Internet consagra los principios de mera transmisión y neutralidad de la red. Este instrumento ha sido tenido en cuenta por algunos de los altos tribunales de Latinoamérica que, ante situaciones de tensión entre los derechos a la intimidad, el honor, la protección de datos personales, entre otros, y el derecho a la libertad de expresión y pensamiento, han proyectado un derecho al olvido en Internet con un carácter distinto al que tiene el propuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Parlamento y el Consejo de Europa.

10. El derecho al olvido en Internet en el contexto latinoamericano rechaza la responsabilidad objetiva de los buscadores y se enfoca en el sujeto que hace disponible la información o cierto contenido en Internet: El arquitecto o administrador del sitio web fuente. Además, se propone acudir a las herramientas técnicas de las que disponen los arquitectos de los sitios web para impedir que los vínculos a tales sitios sean mostrados al efectuar pesquisas en un buscador.

11. La postura latinoamericana, de momento, no ha brindado alternativas de solución frente a situaciones en las que el arquitecto o administrador del sitio web se encuentre en una jurisdicción distinta a la del afectado. Tampoco ha considerado los efectos del poder informático del que gozan los buscadores y que justificaría que tuviesen algún tipo de responsabilidad.

12. Cualquiera de las alternativas expuestas al aplicar el derecho al olvido en Internet que se resuelva acoger en un caso concreto, implicará la garantía de los derechos a la intimidad, el honor y a la protección de datos, pero conllevaría una mayor o menor restricción del derecho a la libertad de expresión y pensamiento en dicho medio, afectando en mayor o menor medida el funcionamiento de la Internet que conocemos.

FUENTES DE REFERENCIA

a. Bibliografía.

- * Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- * Álvarez Caro, María. *Derecho al olvido en Internet. El nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Madrid: Editorial Reus, 2015.
- * Bueno Ávila, Salvador, Salmerón Silvera, José Luis y Luna Huertas, Paula. “Localización de información en motores de búsqueda en Internet. Análisis de la efectividad”. *Economía Industrial*, No.346 (2002): P.173-182.
- * Covarrubias Cuevas, Ignacio. “Notas críticas a la figura del personaje público como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 3, N° 2 (2005): P.163-197.
- * Coztaz, Catherine. “Le droit à l’oubli”. *Gazette du Palais*, 27 juillet (1995): P.961-970.
- * De Terwangne, Cécile. “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, No.13 (2012): P.53-66.
- * Elixmann, Robert. *Datenschutz und Suchmaschinen, Neue Impulse für einen Datenschutz im Internet*. Berlín: Duncker & Humboldt, 2012.
- * Fernández Urial, Pilar y Vásquez Hoys, Ana María. *Diccionario del Mundo Antiguo. Próximo Oriente, Egipto, Grecia y Roma*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- * Figueroa Yañez, Gonzalo. “Los derechos de la personalidad en General: Concepción Tradicional.” *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIX (1998): P.21-34.
- * Fleisher, Peter. “The right of the forgotten”. *Blogspot* (2012). Disponible en: <http://www.peterfleischer.blogspot.com/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>.
- * Garriga Domínguez, Ana. *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- * Garriga Domínguez, Ana. “Nuevas tecnologías, derecho a la intimidad y protección de datos personales”. En *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 4, Tomo 6, coordinado por Francisco Javier Ansuátegui Roig, Eusebio Fernández García, Gregorio Peces-Barba y José Manuel Rodríguez Uribe. P.977-942. Madrid: Dykinson, 2013.
- * Güiza Gómez, Diana Isabel, Newman Pont, Vivian, y Uprimny Yepes, Rodrigo. “Concepto sobre el proceso de tutela T-4296509. Accionados: Casa Editorial El Tiempo S.A. y Google Colombia”. *Dejusticia* (2015).

- * Kerr, Orin S. “Applying the 4th Amendment to the Internet”. *Stanford Law Review*, Vol.62, No.4 (2010): P.1005-1050.
- * Hernández Ramos, Mario. “El derecho al olvido digital en la Web 2.0”, *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, No.11 (2013): P.1-43.
- * Hernández Ramos, Mario. “El derecho al olvido en Internet como nuevo derecho fundamental en la sociedad de la información. Perspectiva constitucional española y europea.” *Quid Iuris*, Año 7, Vol.21 (2013): P.115-148.
- * Iglesias Garzón, Alberto. “Tecnología, comunicación y política en el siglo XX”. En *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 4, Tomo 1, coordinado por Francisco Javier Ansuátegui Roig, Eusebio Fernández García, Gregorio Peces-Barba y José Manuel Rodríguez Uribes. P.267-324. Madrid: Dykinson (1998).
- * Lessig, Lawrence. “El Código 2.0”. Madrid: Traficante de Sueños, 2009.
- * Letteron, Roseline. “Le droit à l’oubli”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L’Étranger*, No.2 (1996): P.385-424.
- * Leturia Infante, Francisco Javier. “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol.43, No.1. (2016): P.91-113.
- * López García, Mabel. “Derecho a la información y derecho al olvido en Internet”. *La Ley Unión Europea*, No.17 (2014): P.41-50.
- * Martínez Caballero, Juan. “Cómo conjugar el derecho al olvido.” *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, No. 57 (2015): P.143-185.
- * Mate Satué, Loreto Carmen. “¿Qué es realmente el derecho al olvido?”. *Revista de Derecho Civil*, Vol. III, Núm.2 (2016): P.187-222.
- * Mieres Mieres, Luis Javier. “El derecho al olvido digital.” Documento de Trabajo 186/2014. Fundación Alternativas (2014). Disponible en: <http://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-derecho-al-olvido-digital> (Fecha de consulta: 20/04/2017).
- * Minero Alejandre, Gemma. “A vueltas con el ‘derecho al olvido’. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital”. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No.30 (2014): P.129-155.
- * Muñoz Massouh, Ana María. “Eliminación de datos personales en Internet: El reconocimiento del derecho al olvido.” *Revista Chile de Derecho y Tecnología. Segundo Semestre 2015*, Vol.4, Num.2 (2015): P.215-216.
- * Oller Gómez, Jorge. “Elementos teórico-prácticos útiles para comprender el uso de los motores de búsqueda en Internet”, *Revista Cubana de Información en Ciencias de la*

Salud, Vol.11, No.6, (2003). Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94352003000600007.

* Orza Linares, Ramón María. “Derechos Fundamentales e Internet: Nuevos Problemas, Nuevos Retos”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo, Año 9, N° 18* (2012): P.275-336.

* Palermo, Patrizia. “Diffamazione e diritto all’oblio: equilibrio ‘elastico’ tra tutela penale dell’onore e diritto di cronaca giudiziaria”. *Rivista Penale, Vol. 136, Fascículo 3* (2010): P. 277-286.

* Pazos Castro, Ricardo. “El mal llamado ‘derecho al olvido’ en la era de Internet”. *Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, N°2183* (2015): P.1-90.

* Pérez Luño, Antonio Enrique. “Del Habeas Corpus al Habeas Data”, *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático, No.1* (1992): P.153-161.

* Piñar Mañas, José Luis. “‘Caso Google’: ¿Una mejor privacidad?”. *El País*, 15 de mayo de 2014.

Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/05/14/opinion/1400086304_243572.html

* Posner, Richard. *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

* *Prodavinci*. <http://prodavinci.com/2014/07/16/vivir/el-derecho-a-reinventarse-por-juan-gabriel-vasquez/>.

* Rolla, Giancarlo. “El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida Privada. Breves consideraciones a la luz de la experiencia italiana”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 7* (2002): P.139-171.

* Rosen, Jeffrey. “The Right to Be Forgotten”. *Stanford Law Review Online, Vol.64, Symposium Issue* (2012): P.88-92.

* Schwabe, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. México D.F: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

* Schwartz, Paul M. “The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures”. *Harvard Law Review, Vol.126, No.7* (2013): P.1-43.

* Simón Castellano, Pere. *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

* Simón Castellano, Pere. *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE: Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*. Barcelona: Editorial Bosch, 2015.

* Tamò, Aurelia / George, Damian. “Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age”. *JIPITEC, Vol. 5, No.2* (2014): P.71 y 87.

* Touriño, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Madrid: Editorial Los Libros de la Catarata, 2014.

* Troncoso Reigada, Antonio. “La historia del derecho a la protección de datos personales”. En *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 4, Tomo 5, coordinado por Francisco Javier Ansuátegui Roig, Eusebio Fernández García, Gregorio Peces-Barba y José Manuel Rodríguez Uribes. P.431-492. Madrid: Dykinson, 2013.

* Varner, Eric R. *Monumenta Graeca et Romana: Mutilation and transformation: Damnatio Memoriae and Roman imperial portraiture*. Leiden/Boston: BRILL, 2004.

* Warren, Samuel / Brandeis, Louis. “The Right to Privacy”. *Harvard Law Review*, Vol.IV, No.5 (1890): P.193-220.

* Weber, Rolf H. “The Right to Be Forgotten. More Than a Pandora’s Box?”. *JIPITEC*, Vol.2, No.2 (2011): P.120-130.

* Zárate, Sebastián. “La Problemática entre el Derecho al Olvido y la Libertad de Prensa”. *Revista Nueva Época*, N° 13 (2013): P.3-9.

b. Jurisprudencia y Resoluciones.

Argentina.

* Corte Suprema de la Nación. Caso María Belén Rodríguez contra Google Inc. y Yahoo de Argentina Ltda. Sentencia de 28 de octubre de 2014.

Brasil.

* Supremo Tribunal Federal de Brasil. Caso Xuxa contra Google Brasil Internet Ltda. Sentencia de 15 de septiembre de 2015. RCL15955 AgR/RJ. Rel.Min. Nancy Andrichi.

Colombia.

* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-414 de 16 de junio de 1992. EXP: T-534. MP. Ciro Angarita Barón.

* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-089 de 01 de marzo de 1995. EXP: T-41.500. MP. Jorge Arango Mejía.

* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-640 de 18 de agosto de 2010. EXP: D-7999. MP. Mauricio González Cuervo.

* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-260 de 29 de marzo de 2012. EXP: T. 3.273.762. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-458 de 21 junio de 2012. EXP: T-2.651.508AC. MP. Adriana María Guillén Arango.

* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-040 de 28 de enero de 2013. EXP: 3.623.589. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-634 de 13 de septiembre de 2013. EXP: T-3.900.495. MP. María Victoria Calle Correa.

* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-015 de 19 de enero de 2015. EXP: T-3.765.442. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277 de 12 de mayo de 2015. EXP: T-4.296.509. MP. María Victoria Calle Correa.

* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-050 de 10 de febrero de 2016. EXP: 5.145.787. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

España.

* Agencia Española de Protección de Datos. Resolución No. R/00598/2007 de 27 de julio de 2007. TD/00266/2007.

* Agencia Española de Protección de Datos. Resolución No. R/02010/2012 de 18 de septiembre de 2012. TD/00796/2012.

* Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. No. de Recurso 725/2010. Sentencia de 29 de diciembre de 2014. Ponente: Fernando De Mateo Menéndez.

* Tribunal Supremo de España. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Sexta. No. de Recurso 1380/2015. Sentencia No. 574/2016 de 14 de marzo de 2016. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina.

Estados Unidos.

* *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App (1931).

* *Sidis v. F-R Publishing Corp.*, 113 F.2d (1940).

* *Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc.*, 4 Cal.3d (1971).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

* Caso Google Inc. y Google Spain contra Mario Costeja González y la Agencia Española de Protección de Datos. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

* Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de febrero de 2001. Serie C No.73.

- * Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de febrero de 2001. Serie C No. 74. Apartado 147
- * Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C No.107.
- * Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- * Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No.135.
- * Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de febrero de 2006 Serie C No. 141.
- * Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No.151.
- * Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de mayo de 2008. Serie C No.177.
- * Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No.193.
- * Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
- * Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No.195.

c. Otras fuentes.

- * Agencia Española de Protección de Datos. Memoria AEPD 2011. (2012). Disponible en:
http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/memorias-ides-idphp.php
- * Agencia Española de Protección de Datos. Memoria AEPD 2012. (2013). Disponible en:
http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/memorias-ides-idphp.php
- * CEPAL. “Tipología de Instrumentos Internacionales. Tercera Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe”. LC/L.3719. 23 de octubre de 2013. Disponible en:

http://www.cepal.org/rio20/noticias/noticias/1/50791/2013861_PR10_Tipologia_instrumentos.pdf.

* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Libertad de Expresión e Internet”. 31 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/internet/informe_fe_internet_2013.pdf

* Jääskinen, Nilo. Conclusiones del Abogado General, Asunto C-131/12. Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González. (2013): Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782&doclang=ES#Footref19>

* Grupo del Artículo 29. Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on ‘Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González’ C-131/12 (WP 225). Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf

* Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85

* Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Antecedentes e Interpretación de Principios”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2>